

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
  
1990

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos*  
*del cuadragésimo segundo período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS





ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

1990

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos*  
*del cuadragésimo segundo período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS  
Nueva York, 1993



## ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 1980*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

- Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;
- Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;
- Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

\*

\* \*

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 42.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/1990/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

*Número de venta:* S.92.V.10 (Part 1)  
ISBN 92-1-333206-8

*Edición completa de dos volúmenes:*  
ISBN 92-1-333208-4

ISSN 0497-9885

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas .....	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas .....	iv
<b>Provisión de una vacante ocurrida después de la elección (artículo 11 del estatuto) (tema 2 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/433.</i> —Nota de la Secretaría .....	1
<b>Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 4 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/431.</i> —Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial .....	3
<b>Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 5 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/429 y Add.1 a 4.</i> —Observaciones de los Estados Miembros recibidas en cumplimiento de las resoluciones 43/164 y 44/32 de la Asamblea General .....	25
<i>Documento A/CN.4/430 y Add.1.</i> —Octavo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial .....	29
<b>El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 6 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/427 y Add.1.</i> —Sexto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial .....	43
<b>Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7 del programa)</b>	
<i>Documento A/CN.4/428 y Add.1.</i> —Sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial .....	89
<b>Lista de documentos del 42.º período de sesiones .....</b>	<b>119</b>

## ABREVIATURAS

Banco Mundial } BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPALO	Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente
CEPE	Comisión Económica para Europa
CESPAO	Comisión Económica y Social para Asia Occidental
CESPAP	Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
INTAL	Instituto para la Integración de América Latina
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OMI	Organización Marítima Internacional
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

\*

\*   \*

<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I., serie A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 incl.)
<i>C.P.J.I., serie A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (N.ºs 40 a 80, a partir de 1931)

\*

\*   \*

### NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

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

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

# PROVISIÓN DE UNA VACANTE OCURRIDA DESPUÉS DE LA ELECCIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/433

## Nota de la Secretaría

[Original inglés]  
[4 de mayo de 1990]

1. A raíz del fallecimiento del Sr. Paul Reuter, ocurrido el 29 de abril de 1990, se ha producido una vacante en la Comisión de Derecho Internacional.

2. El artículo 11 del estatuto de la Comisión indica cómo debe cubrirse tal vacante. Ese artículo dice lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

### *Artículo 2*

1 La Comisión se compondrá de treinta y cuatro 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

### *Artículo 8*

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 los principales sistemas jurídicos del mundo

3. El 14 de noviembre de 1986, la Asamblea General eligió los treinta y cuatro miembros de la Comisión de De-

recho Internacional por un período de cinco años, a contar del 1.º de enero de 1987, de conformidad con el estatuto de la Comisión y con el párrafo 3 de la resolución 36/39 de la Asamblea General, de 18 de noviembre de 1981, en el que la Asamblea decidió

que los treinta y cuatro miembros de la Comisión de Derecho Internacional sean elegidos de la forma siguiente

a) Ocho nacionales de Estados de África,

b) Siete nacionales de Estados de Asia,

c) Tres nacionales de Estados de Europa oriental,

d) Seis nacionales de Estados de América Latina,

e) Ocho nacionales de Estados de Europa occidental o de otros Estados.

f) Un nacional de los Estados de África o de los Estados de Europa oriental por rotación, asignándose el asiento a un nacional de un Estado de África en la primera elección que se celebre después de aprobada la presente resolución,

g) Un nacional de los Estados de Asia o de los Estados de América Latina por rotación, asignándose el asiento a un nacional de un Estado de Asia en la primera elección que se celebre después de aprobada la presente resolución

4. El 4 de mayo de 1990, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que publicase la lista de candidatos el 25 de mayo de 1990.

5. El 4 de mayo de 1990, la Comisión decidió asimismo que las elecciones para proveer la vacante ocurrida se celebrasen el 30 de mayo de 1990.



# INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/431\*

## Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial

[Original inglés]  
[11 de abril de 1990]

### INDICE

		Página
Nota		5
	Párrafos	
INTRODUCCION	1-2	5
COMENTARIOS ESPECIFICOS		6
PARTE I INTRODUCCION		
Artículo 1 — Alcance de los presentes artículos		
Texto aprobado		6
Texto propuesto		6
Comentario		6
Artículos 2 y 3		6
Textos aprobados		
Artículo 2 — Terminos empleados		6
Artículo 3 — Disposiciones interpretativas		6
Texto propuesto		
Artículo 2 — Terminos empleados		6
Comentario		7
Artículo 4 — Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos		
Texto aprobado		8
Texto propuesto		8
Comentario		9
Artículo 5 — Irretroactividad de los presentes artículos		
Texto aprobado		9
Comentario		9
PARTE II PRINCIPIOS GENERALES		
Artículo 6 — Inmunidad del Estado		
Texto aprobado		9
Texto propuesto		9
Comentario		9
Artículo 7 — Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado		
Texto aprobado		10
Texto propuesto		10
Comentario		10
Artículo 8 — Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción		
Texto aprobado		10
Texto propuesto		10
Comentario		11
Artículo 9 — Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal		
Texto aprobado		11
Texto propuesto		11
Comentario		11
Artículo 10 — Reconvenções		
Texto aprobado		11
Comentario		12

\* En el que se incorpora el documento A/CN.4/431/Corr.1

	Página
PARTE III [LIMITACIONES DE] [EXCEPCIONES A] LA INMUNIDAD DEL ESTADO	
Comentario	12
<i>Artículo 11 — Contratos mercantiles</i>	
Texto aprobado	12
Texto propuesto	12
<i>Artículo 11 — Transacciones mercantiles</i>	12
Comentario	13
<i>Artículo 11 bis — Empresas estatales</i>	
Texto propuesto	13
Comentario	13
<i>Artículo 12 — Contratos de trabajo</i>	
Texto aprobado	13
Texto propuesto	13
Comentario	14
<i>Artículo 13 — Lesiones a las personas y danos a los bienes</i>	
Texto aprobado	14
Comentario	14
<i>Artículo 14 — Propiedad posesion y uso de bienes</i>	
Texto aprobado	15
Comentario	15
<i>Artículo 15 — Patentes de invencion marcas de fabrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial</i>	
Texto aprobado	15
Texto propuesto	15
Comentario	15
<i>Artículo 16 — Cuestiones tributarias</i>	
Texto aprobado	16
Texto propuesto	16
Comentario	16
<i>Artículo 17 — Participacion en sociedades u otras colectividades</i>	
Texto aprobado	16
Texto propuesto	16
Comentario	16
<i>Artículo 18 — Buques de propiedad del Estado o explotados por el y destinados a un servicio comercial</i>	
Texto aprobado	16
Texto propuesto	16
Comentario	16
<i>Artículo 19 — Efectos de un compromiso arbitral</i>	
Texto aprobado	17
Texto propuesto	17
Comentario	17
<i>Artículo 20 — Casos de nacionalizacion</i>	
Texto aprobado	18
Comentario	18
PARTE IV INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE MEDIDAS COERCITIVAS EN LO QUE CONCIERNE A SUS BIENES	
Artículos 21, 22 y 23	
Texto aprobado [primera variante a los efectos de la segunda lectura]	
<i>Artículo 21 — Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas</i>	18
<i>Artículo 22 — Consentimiento en las medidas coercitivas</i>	18
<i>Artículo 23 — Clases especiales de bienes</i>	19
Texto propuesto [segunda variante a los efectos de la segunda lectura]	
<i>Artículo 21 — Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas</i>	19
<i>Artículo 22 — Clases especiales de bienes</i>	19
<i>Artículo 23</i>	19
Comentario	20
PARTE V DISPOSICIONES DIVERSAS	
<i>Artículo 24 — Notificacion del acto de incoacion de un proceso</i>	
Texto aprobado	21
Texto propuesto	21
Comentario	22
<i>Artículo 25 — Fallo en ausencia</i>	
Texto aprobado	22
Texto propuesto	22
Comentario	22
<i>Artículo 26 — Inmunidad respecto de medidas coactivas</i>	
Texto aprobado	22
Comentario	22
<i>Artículo 27 — Inmunidades procesales</i>	
Texto aprobado	22
Texto propuesto	22
Comentario	23
<i>Artículo 28 — No discriminacion</i>	
Texto aprobado	23
Comentario	23

## NOTA

Instrumentos relativos a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes mencionados en el presente informe

**Convenio multilateral**

## Fuente

Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados y Protocolo adicional (Basilea, 16 de mayo de 1972), denominado en adelante «Convenio europeo de 1972»	Consejo de Europa, Serie de tratados europeos, N° 74, Estrasburgo, 1972
---	---

**Legislaciones nacionales**

Los textos legislativos que figuran a continuación, excepto la ley de Australia, se reproducen en el volumen de la serie legislativa de las Naciones Unidas *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (N° de venta E/F 85 V 10), parte I

## Fuente

AUSTRALIA	
<i>Foreign States Immunities Act 1985</i> (ley de 1985 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros)	Australia, <i>Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia passed during the year 1985</i> , Canberra, 1986, vol 2, pag 2696
CANADA	
<i>Loi de 1982 sur l'immunité des Etats</i> (ley de 1982 sobre la inmunidad de los Estados)	<i>La Gazette du Canada, parte III</i> , Ottawa, vol 6, N° 15, 22 de junio de 1982
ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	
<i>Foreign Sovereign Immunities Act of 1976</i> (ley de 1976 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros)	<i>United States Code, 1988 Edition</i> , vol 12, título 27, cap 97
PAKISTAN	
<i>State Immunity Ordinance, 1981</i> (ordenanza de 1981 sobre la inmunidad de los Estados)	<i>The Gazette of Pakistan</i> , Islamabad, 11 de marzo de 1981
REINO UNIDO DE GRAN BRETANA E IRLANDA DEL NORTE	
<i>State Immunity Act 1978</i> (ley de 1978 sobre la inmunidad de los Estados)	Reino Unido, <i>The Public General Acts, 1978</i> , primera parte, cap 33, pag 715
SINGAPUR	
<i>State Immunity Act 1979</i> (ley de 1979 sobre la inmunidad de los Estados)	Naciones Unidas, <i>Documentation concernant les immunités juridictionnelles</i> , pags 28 y ss

**Introducción**

1. El presente informe es el tercero que el Relator Especial somete a la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>1</sup>. El Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión en el último período de sesiones<sup>2</sup>, las opiniones expresadas en la Sexta Comisión durante el cua-

dragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General<sup>3</sup> y los comentarios y las observaciones por escrito de los gobiernos<sup>4</sup>, ha procedido en el presente informe a revisar todo el proyecto de artículos que la Comisión había aprobado en primera lectura en su 38.º período de sesiones, celebrado en 1986<sup>5</sup>. El examen del proyecto en segunda lectura se encuentra en la actuali-

<sup>1</sup> Los dos informes anteriores del Relator Especial, presentados a la Comisión en su 40.º y 41.º período de sesiones, respectivamente, fueron a) el informe preliminar, *Anuario 1988*, vol II (primera parte), pag 101, documento A/CN.4/415, y b) el segundo informe, *Anuario 1989*, vol II (primera parte), pag 63, documento A/CN.4/422 y Add 1

<sup>2</sup> Véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), pags 104 y ss., párrs 403 a 612

<sup>3</sup> Véase «Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.443), secc E

<sup>4</sup> Véase *Anuario 1988*, vol II (primera parte), pag 46, documento A/CN.4/410 y Add 1 a 5

<sup>5</sup> Véase *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), pags 8 y ss

dad en la etapa siguiente: los artículos 1 a 11 *bis*, junto con las propuestas formuladas por el Relator Especial y por otros miembros de la Comisión, se remitieron al Comité de Redacción en el último período de sesiones; el estudio de los artículos 12 a 28 ha de proseguir en el actual período de sesiones.

2. El Relator Especial presenta, para el examen de cada artículo del proyecto, el texto tal como se aprobó en primera lectura, seguido del texto propuesto por él, si lo hay, y luego por un comentario en que se incluyen un resumen de las opiniones de los gobiernos y de los miembros de la Comisión, así como las recomendaciones del Relator Especial.

## Comentarios específicos<sup>6</sup>

### PARTE I.—INTRODUCCIÓN

#### *Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos*

##### *Texto aprobado*

Los presentes artículos se aplican a la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.

##### *Texto propuesto*

Los presentes artículos se aplican a la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado y de las medidas coercitivas solicitadas a éstos.

##### *Comentario*

1) En sus observaciones escritas, un gobierno sugirió que el principio de la inmunidad de los Estados soberanos que figuraba en el artículo 6 se colocara al comienzo del proyecto de artículos. Un miembro de la Comisión sugirió que el artículo 6 se colocara inmediatamente después del artículo 1. No obstante, el Relator Especial estima que el artículo 1 fue concebido como cláusula introductoria para indicar el alcance de los presentes artículos. Además, prefiere que el artículo 6 no figure en un lugar demasiado alejado de los artículos 11 a 19, en que se establecen limitaciones o excepciones al principio de inmunidad enunciado en el artículo 6. Al parecer, existe apoyo general en la Comisión para mantener la colocación original del artículo.

2) El texto inicial se refiere únicamente a la inmunidad jurisdiccional y no a la inmunidad respecto de medidas coercitivas. Presumiblemente ello se deriva del hecho de que cuando el artículo 1 fue aprobado en primera lectura, aún no se sabía con certeza si los presentes artículos abarcarían la cuestión de la inmunidad respecto de las medidas coercitivas. El tema requiere un examen sustantivo y detallado, pero la tendencia general sería tal vez la de incluir algunos artículos sobre la inmunidad respecto de las medidas coercitivas en la parte IV del proyecto. En consecuencia, en el texto propuesto por el Relator Especial se

ha agregado una referencia a la inmunidad respecto «de las medidas restrictivas».

#### *Artículos 2 y 3*

##### *Textos aprobados*

#### *Artículo 2.—Términos empleados*

1. Para los efectos de los presentes artículos:

- a) Se entiende por «tribunal» cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;
- b) Se entiende por «contrato mercantil»:
  - i) todo contrato o acuerdo mercantil de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios;
  - ii) todo contrato de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía concerniente a ese préstamo o de indemnización concerniente a esa transacción;
  - iii) cualquier otro contrato o acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, pero con exclusión de los contratos individuales de trabajo.
2. Las disposiciones del párrafo 1 relativas a la terminología empleada en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

#### *Artículo 3.—Disposiciones interpretativas*

1. Para los efectos de los presentes artículos se entenderá que el término «Estado» comprende:

- a) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;
- b) las subdivisiones políticas del Estado que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- c) los organismos o entidades del Estado, en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- d) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter.

2. Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato.

##### *Texto propuesto*

#### *Artículo 2.—Términos empleados*

1. Para los efectos de los presentes artículos:

- a) Se entiende por «tribunal» cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;

<sup>6</sup> Los epígrafes «Texto aprobado» y «Texto propuesto» se refieren al texto aprobado en primera lectura y al texto propuesto por el Relator Especial, respectivamente. Las palabras «texto inicial» o «artículo anterior...» se refieren al texto o a los artículos aprobados en primera lectura.

Las disposiciones del texto inicial que se reproducen sin modificaciones en los textos propuestos por el Relator Especial figuran en cursiva.

- b) Se entiende por «Estado»:**
- i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;
- i bis) los Estados que integran un Estado federal, si este último declara que dichos Estados pueden invocar las disposiciones de los presentes artículos que sean aplicables a un Estado y aceptar las obligaciones correspondientes;**
- ii) las subdivisiones políticas del Estado, distintas de las del Estado federal, que están facultadas para realizar actos en el ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado<sup>7</sup>;

<sup>7</sup> En algunas leyes nacionales pertinentes se estipula lo siguiente

a) *Canada* Ley sobre inmunidad del Estado, *State Immunity Act 1982*

«Interpretacion

»2 En la presente Ley,  
»se entiende por “Estado extranjero”  
[ ]

»b) cualquier gobierno del Estado extranjero o de cualquier subdivisión política del Estado extranjero, incluidos cualquiera de sus departamentos, así como cualquier organismo del Estado extranjero, y

»c) cualquier subdivisión política del Estado extranjero,

»Por “subdivisión política” se entiende una provincia, un Estado o cualquier otra subdivisión política similar de un Estado extranjero que sea un Estado federal »

b) *Australia* Ley sobre las inmunidades de los Estados extranjeros, *Foreign States Immunities Act 1985*

«Interpretacion

»[ ]

»3) Salvo indicación en contrario, toda referencia en la presente Ley a un Estado extranjero comprende asimismo una referencia a

»a) las provincias, Estados, territorios autónomos u otras subdivisiones políticas (cualquiera que sea su denominación) de ese Estado extranjero,

»[ ] »

Las subdivisiones políticas o las unidades componentes (por ejemplo, las provincias del Canadá, los cantones suizos) están incluidas en la definición de «Estado extranjero». Como resultado de ello, según la Law Reform Commission de Australia, las inmunidades se extienden a esos órganos, lo que permite a los Estados australianos solicitar tratamiento recíproco en el extranjero

c) *Estados Unidos de América* Ley sobre inmunidades soberanas, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*

«Artículo 1603 — Definiciones

»[ ]

»a) Por Estado extranjero se entienden también las subdivisiones políticas del Estado extranjero [ ]

»[ ] »

d) *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972*

«Artículo 28

»1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27, los Estados que integran un Estado federal no gozan de inmunidad

»2) Sin embargo, un Estado federal que sea parte en el presente Convenio podrá, mediante una notificación al Secretario General del Consejo de Europa, declarar que sus Estados constituyentes pueden invocar las disposiciones del Convenio aplicables a los Estados contratantes, y tener las mismas obligaciones

»[ ] »

iii) los organismos o entidades del Estado, en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado, a condición de que no se incluya entre ellos a las entidades establecidas por el Estado con objeto de realizar transacciones comerciales, las que tienen personalidad jurídica independiente y tienen la capacidad de entablar juicios y ser objeto de éstos;

iv) los representantes del Estado que actúen en esa calidad;

c) Se entiende por «transacción mercantil»:

i) todo contrato o transacción que tenga por objeto la compraventa de mercaderías o la prestación de servicios;

ii) todo préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía concerniente a ese préstamo o de indemnización concerniente a esa transacción;

iii) cualquier otro contrato o transacción, sea cual fuere su naturaleza, mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, pero con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

2. Para determinar si una transacción de entre las incluidas en el apartado c del párrafo 1 del presente artículo es mercantil, se atenderá principalmente a la naturaleza de la transacción, pero ello no impide que los tribunales del Estado del foro tengan en cuenta el fin de interés público de la transacción.

3. Las disposiciones del párrafo 1 relativas a los términos empleados en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

Comentario

1) La propuesta de combinar los artículos 2 y 3 recibió apoyo general de la Comisión, así como de la Sexta Comisión de la Asamblea General.

2) En el apartado a del párrafo 1, en la expresión «tribunal» se entenderá incluido todo tribunal de apelación.

3) En sus observaciones escritas y en sus declaraciones formuladas en la Sexta Comisión, algunos gobiernos opinaron que la expresión «funciones judiciales» debía explicarse más detalladamente en el proyecto de artículo. No obstante, el Relator Especial sigue inclinándose a pensar que, como las funciones judiciales varían en los distintos sistemas constitucionales y jurídicos, sería difícil definir más detalladamente esa expresión de manera de satisfacer a todos. Sin embargo, estaría dispuesto a examinar cualquier propuesta concreta sobre este punto en el Comité de Redacción.

4) En lo que respecta a la definición del término «Estado» que figura en el apartado b del párrafo 1, algunos miembros de la Comisión estimaron que los Estados que integraban un Estado federal debían considerarse como Estados para los efectos del proyecto de artículos. El Relator Especial presenta para su examen, en el inciso i bis) del apartado b, una formulación basada en el párrafo 2 del

artículo 28 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972<sup>8</sup>.

5) En lo que se refiere al inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1, se presentó una propuesta en el sentido de que las empresas del Estado debían quedar excluidas de la categoría de organismos o entidades. Se expresó también la misma opinión en la Sexta Comisión, en tanto que otras delegaciones estimaban lo contrario. En su propuesta, el Relator Especial insertó en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 la frase «no se incluya entre ellos a las entidades establecidas por el Estado» con objeto de excluir a las empresas estatales de entre los organismos o entidades del Estado. Como este punto se relaciona con el fondo del artículo 11 *bis*, se recomienda examinarlo juntamente con ese artículo.

6) En el apartado *c* del párrafo 1, el Relator Especial sugiere que se emplee la expresión «transacción comercial» en lugar de la expresión «contrato comercial» utilizada en el texto aprobado en primera lectura, para atender a la preferencia expresada por algunos miembros de la Comisión y algunos representantes en la Sexta Comisión por ese cambio. La definición de «contrato comercial» que figura en el apartado *b* del párrafo 1 del antiguo artículo 2 parece haberse tomado de la ley del Reino Unido sobre inmunidad del Estado, *State Immunity Act 1978* (párr. 3 del art. 3)<sup>9</sup>, pero mientras que en esa ley se utiliza el término «transacción», en el proyecto de la Comisión se utiliza el término «contrato». La expresión «contrato comercial», que también se emplea en los artículos 11 y 19 del texto aprobado en primera lectura, y en el artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar<sup>10</sup>, podría reemplazarse por «transacción comercial» sin modificar mayormente el fondo de los presentes artículos.

7) En lo que respecta al párrafo 2, varios gobiernos eran partidarios de la primacía del criterio de la naturaleza de la transacción, en tanto que otros insistieron en la necesidad de dar la misma importancia al criterio de la naturaleza y al criterio de la finalidad de la transacción. A este respecto, los miembros de la Comisión que apoyaban la primacía del criterio de la naturaleza de la transacción criticaron, en particular, la condición, enunciada al final del párrafo 2 del antiguo artículo 3, en que se decía que «si, en la práctica de ese Estado, tal finalidad es pertinente», por considerarla subjetiva y ambigua. Por otra parte, la

propuesta de compromiso presentada por el Relator Especial en su informe preliminar<sup>11</sup>, en que se disponía que la finalidad podía tenerse en cuenta «si un acuerdo internacional [...] o un contrato escrito [...] estipula que el contrato tiene un fin público gubernamental», también fue criticada por considerársela demasiado rígida. No obstante, varios miembros aceptaron esa solución.

8) En vista de la situación descrita anteriormente, el Relator Especial, teniendo en cuenta la propuesta formulada por una representante en la Sexta Comisión, desearía sugerir otra solución de compromiso en la que, si bien el criterio principal para determinar la inmunidad sería la naturaleza de la transacción, los tribunales del Estado del foro tendrían libertad para considerar también la finalidad de interés público. El párrafo 2 del artículo 2 propuesto por el Relator Especial está formulado en esos términos. Se ha señalado que la necesidad de tener en cuenta la finalidad de interés público de la transacción se deriva de la necesidad de disponer para casos de hambre u otra situación similar imprevista. El Relator Especial estima que, en vista de las críticas formuladas contra el párrafo 2 del antiguo artículo 3, sería más ventajoso a los fines de la flexibilidad dar facultades discrecionales a los tribunales del Estado del foro en lugar de especificar las circunstancias especiales.

#### *Artículo 4.—Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos*

##### *Texto aprobado*

1. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado en relación con el ejercicio de las funciones:

a) de sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y

b) de las personas adscritas a ellas.

2. Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado.

##### *Texto propuesto*

1. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado con arreglo al derecho internacional en relación con el ejercicio de las funciones de:

a) *sus misiones diplomáticas, oficinas consulares, misiones especiales, misiones ante organizaciones internacionales o delegaciones ante órganos de organizaciones internacionales o ante conferencias internacionales; y*

b) *las personas adscritas a ellas.*

2. Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades acordados con arreglo al derecho internacional a los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores.

<sup>8</sup> Véase nota 7 *d supra*.

<sup>9</sup> La parte pertinente de la ley del Reino Unido sobre inmunidad del Estado, de 1978, dice lo siguiente:

«3. 1) El Estado no gozará de inmunidad respecto de los procedimientos relativos a:

»a) las transacciones comerciales que haya celebrado, o

»[...]

»3) En esta sección, por “transacción comercial” se entiende:

»a) cualquier contrato de suministro de bienes o servicios;

»b) cualquier préstamo u otra transacción para el suministro de financiación y cualquier garantía o indemnización concerniente a esa transacción o a cualquier otra obligación financiera; y

»c) cualquier otra transacción o actividad (sea ésta de índole comercial, industrial, financiera, profesional u otra similar) que el Estado celebre o en la que participe, que no sea en el ejercicio de las prerrogativas del poder público;

»[...].»

<sup>10</sup> Documento A/CN.4/415 (véase nota 1 *a supra*), párr. 122.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 29 (párr. 3 del art. 2).

*Comentario*

1) Las palabras «con arreglo al derecho internacional» que figuran al comienzo del párrafo 1 han sido insertadas en virtud de lo propuesto por un gobierno en sus observaciones escritas.

2) Otro gobierno propuso en sus observaciones escritas que el párrafo 2 se refiriera no sólo a los jefes de Estado, sino también a los jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y personas de alto rango. La misma propuesta fue presentada en la CDI y en la Sexta Comisión. La idea puede haber sido tomada del artículo 21 de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969<sup>12</sup>, en que se estipulan los privilegios e inmunidades y otras facilidades de que gozarán los jefes de Estado, los jefes de gobierno, los ministros de relaciones exteriores y las personalidades de alto rango cuando tomen parte en misiones especiales. No está claro si, de conformidad con las normas del derecho internacional consuetudinario, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los jefes de Estado. El Relator Especial está dispuesto a aceptar la opinión de la mayoría sobre este punto. No obstante, vacila en hacerlo respecto de las «personalidades de alto rango» debido a que no existen criterios generalmente aceptados para determinar si una persona es o no de alto rango y, como resultado de ello, podrían presentarse dificultades para la aplicación de la disposición. En conse-

<sup>12</sup> Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1969* (N.º de venta: S.71.V.4), pág. 134.

cuencia, sólo se han agregado al párrafo 2 las palabras «jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores».

*Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos**Texto aprobado*

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en los presentes artículos a las que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estén sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos, éstos no se aplicarán a ninguna cuestión relativa a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados o de sus bienes que se suscite en un proceso promovido contra un Estado ante un tribunal de otro Estado antes de la entrada en vigor de los presentes artículos respecto de los Estados interesados.

*Comentario*

Un gobierno propuso en sus observaciones escritas que se incluyera una cláusula facultativa que permitiera la aplicación de los presentes artículos a hechos que hubieran tenido lugar, por ejemplo, en los seis años anteriores a la fecha de entrada en vigor de los artículos entre las partes interesadas. Otro gobierno era partidario de la aplicación retroactiva de algunos artículos. De conformidad con la formulación actual, el principio de la irretroactividad se aplicará a los procesos entablados con anterioridad a la entrada en vigor de los artículos entre los Estados interesados. El Relator Especial desearía conocer otras opiniones de los miembros antes de aceptar cualquiera de las propuestas anteriormente señaladas sobre la modificación del texto aprobado en primera lectura.

**PARTE II.—PRINCIPIOS GENERALES***Artículo 6.—Inmunidad del Estado**Texto aprobado*

Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos [y en las normas pertinentes del derecho internacional general].

*Texto propuesto*

**Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, con sujeción a lo dispuesto en los presentes artículos.**

*Comentario*

1) Es bien sabido que las opiniones de los gobiernos y las de los miembros de la Comisión han estado divididas entre los que son partidarios en teoría del principio de la inmunidad absoluta y los que son partidarios en teoría de la inmunidad restringida. En todo caso, gracias al entendimiento tácito entre los miembros de la Comisión de que ésta debe iniciar la segunda lectura sin entrar nuevamente en debates de carácter doctrinario, la cuestión relativa al

artículo 6 ha quedado reducida al tratamiento de la frase entre corchetes. Algunos miembros eran partidarios de retenerla a fin de mantener suficiente flexibilidad para el futuro desarrollo de la práctica de los Estados y de las normas del derecho internacional general, en tanto que otros estimaban que esa referencia fomentaría la interpretación unilateral del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales y daría lugar al debilitamiento del principio de la inmunidad de los Estados. El Relator Especial es de opinión que el propósito de los presentes artículos debería ser llegar a un acuerdo precisamente acerca de las esferas en que debe aplicarse la inmunidad de los Estados y aquellas en que no debe aplicarse. Si se deja la referencia al «derecho internacional general», existiría el peligro de que los artículos convenidos quedaran sujetos a la interpretación unilateral de los tribunales nacionales. En consecuencia, en su informe preliminar el Relator Especial propuso que se eliminara de este artículo la frase entre corchetes<sup>13</sup>.

2) No obstante, a fin de tener en cuenta la posición de aquellos que insistieron en que era necesario dar lugar al ulterior desarrollo de la práctica de los Estados y del derecho internacional, el Relator Especial sugirió en su informe preliminar que se incluyera en el preámbulo, para

<sup>13</sup> Documento A/CN.4/415 (véase nota 1 *a supra*), párr. 67.

el caso de que los presentes artículos pasaran a ser una convención, el siguiente párrafo propuesto por un gobierno<sup>14</sup>:

*Afirmando* que las normas del derecho internacional general continuarán rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en la presente convención.

Esta sugerencia recibió apoyo de algunos miembros de la Comisión así como de algunos representantes ante la Sexta Comisión.

3) En su segundo informe, el Relator Especial sugirió asimismo otra alternativa<sup>15</sup>, a saber, la inclusión en el proyecto de un nuevo artículo 6 *bis* en que se estableciera una declaración facultativa respecto de las excepciones a la inmunidad, que se aplicaría entre las partes que no opusieran objeciones a tal declaración. La sugerencia fue criticada por considerarse que creaba una multiplicidad de regímenes y, por tanto, incertidumbre. A la luz de esas objeciones, se retiró el artículo 6 *bis* propuesto. Aunque aún persisten sustanciales diferencias de opinión, el Relator Especial presenta a la Comisión para su examen un texto en que se ha suprimido la frase entre corchetes.

*Artículo 7.—Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado*

*Texto aprobado*

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 6 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado.

2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado, se designe o no a éste como parte en el proceso, siempre que tal proceso tenga efectivamente por objeto obligar a ese otro Estado a someterse a la jurisdicción del tribunal o a soportar las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal que puedan afectar a los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

3. En particular, un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado cuando se promueva contra uno de sus órganos, o contra una de sus subdivisiones políticas o uno de sus organismos o entidades en relación con un acto realizado en ejercicio de las prerrogativas del poder público, o contra uno de sus representantes en relación con un acto realizado en su carácter de representante, o cuando el proceso tenga por objeto privar a ese otro Estado de sus bienes o del uso de bienes que estén en su posesión o bajo su control.

*Texto propuesto*

1. El Estado del foro hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 6 absteniéndose de ejercer jurisdicción en cualquier proceso entablado ante sus tribunales contra un Estado extranjero.

2. Cualquier proceso entablado en el Estado del foro se entenderá promovido contra un Estado extranjero, se designe o no a éste como parte en el proceso, siempre que tal proceso tenga efectivamente por objeto obligar al Estado extranjero a someterse a la jurisdicción del tribunal o a sufrir las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal que pueda afectar a los bienes, derechos, intereses o actividades del Estado extranjero.

3. En particular, un proceso entablado ante un tribunal del Estado del foro se entenderá promovido contra un Es-

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrs. 65 y 67.

<sup>15</sup> Documento A/CN.4/422 y Add.1 (véase nota 1 *b supra*), párr. 17.

tado extranjero cuando se promueva contra alguno de los órganos u otras entidades de ese Estado o contra los representantes a que se hace referencia en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2.

*Comentario*

1) En lo que respecta a los párrafos 1 y 2, se ha modificado la redacción con arreglo a la sugerencia formulada por un gobierno en sus observaciones escritas de que las palabras «un Estado» se reemplacen por las palabras «el Estado del foro» y que las palabras «otro Estado» se reemplacen por las palabras «un Estado extranjero». Además, al párrafo 1 del texto propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar<sup>16</sup>, después de la palabra «jurisdicción», se le insertaron las palabras «en cualquier proceso entablado ante sus tribunales».

2) En lo que respecta al párrafo 3, el texto propuesto es considerablemente más corto que el párrafo original para evitar la duplicación con el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2. La última frase del párrafo 3, que comienza con las palabras «o cuando el proceso tenga por objeto privar...», también fue suprimida debido a que repetía lo ya enunciado en el párrafo 2.

3) Un gobierno sugirió que las palabras «intereses» y «control» se sustituyeran por términos jurídicos de uso más general. Aunque esas palabras tal vez no se utilicen con mucha frecuencia o se utilicen en un sentido ligeramente diferente en los países que no pertenecen al sistema del *common law*, sería difícil encontrar en la práctica otras alternativas adecuadas. Como resultado de la eliminación antes mencionada de la última parte del párrafo 3, el problema relativo al «control» ya no existe en lo que se refiere al presente artículo. Aunque las reservas formuladas por los miembros procedentes de países que no pertenecen al sistema del *common law* en relación con el uso de la palabra «intereses» es comprensible, sería difícil evitar del todo su uso en los presentes artículos.

*Artículo 8.—Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción*

*Texto aprobado*

Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado en relación con cualquier cuestión si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión:

- a) por acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

*Texto propuesto*

1. Ningún Estado extranjero podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso entablado ante un tribunal del Estado del foro en relación con cualquier cuestión si el Estado extranjero ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción respecto de dicha cuestión:

- a) mediante acuerdo internacional;

<sup>16</sup> Documento A/CN.4/415 (véase nota 1 *a supra*), párr. 79.

b) *en un contrato escrito; o*

c) mediante consentimiento expreso otorgado por escrito después que ha surgido una controversia entre las partes.

2. El acuerdo de un Estado respecto de la aplicación de la legislación de otro Estado no podrá interpretarse como consentimiento del primer Estado en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales del segundo Estado.

#### *Comentario*

1) En el párrafo 1 se han sustituido las palabras «Ningún Estado» y «otro Estado» por las palabras «Ningún Estado extranjero» y «del Estado del foro», respectivamente. En el apartado c se ha empleado una fórmula menos estricta, para tener en cuenta las opiniones expresadas por dos gobiernos en sus observaciones escritas.

2) Se agregó el párrafo 2 para dejar claramente establecido que si un Estado conviene en la aplicación de la legislación de otro Estado respecto de una cuestión determinada, ello no significa necesariamente que convenga en que los tribunales de ese otro Estado ejerzan jurisdicción.

#### *Artículo 9.—Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal*

##### *Texto aprobado*

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado:

- a) si él mismo ha promovido ese proceso; o
- b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo.

2. El apartado b del párrafo 1 no se aplicará a ninguna intervención ni a ningún acto realizados con el solo objeto:

- a) de invocar la inmunidad; o
- b) de hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso.

3. La falta de comparecencia de un Estado en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado no se considerará como consentimiento de ese Estado en que ese tribunal ejerza jurisdicción.

##### *Texto propuesto*

1. Un Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso entablado ante un tribunal del Estado del foro:

- a) *si él mismo ha promovido ese proceso; o*
- b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo del mismo. Sin embargo, si el Estado prueba ante el tribunal que no habría podido tener conocimiento de los hechos que le servirían de base para invocar la inmunidad hasta después de haber realizado tal acto, podrá invocar la inmunidad sobre la base de tales hechos siempre que lo haga [antes de que el tribunal de primera instancia decida sobre el fondo del caso] [en la primera oportunidad].

2. *El apartado b del párrafo 1 no se aplicará a ninguna intervención ni a ningún acto realizados con el solo objeto:*

a) *de invocar la inmunidad; o*

b) *de hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso.*

3. La comparecencia de un representante de un Estado extranjero ante un tribunal del Estado del foro en calidad de testigo no afectará la inmunidad del primer Estado respecto de la jurisdicción de ese tribunal.

4. La falta de comparecencia del Estado extranjero en un procedimiento entablado ante el tribunal del Estado del foro no se considerará como consentimiento del Estado extranjero en que ese tribunal ejerza jurisdicción.

#### *Comentario*

1) En la primera oración del párrafo 1 se introdujeron los mismos cambios que en los artículos 7 y 8, a saber, se sustituyeron las expresiones «un Estado» y «otro Estado» por «un Estado extranjero» y «el Estado del foro», respectivamente.

2) La segunda oración del apartado b del párrafo 1 se ha añadido con el objeto de ofrecer la posibilidad de alegar la inmunidad en los casos en que el Estado ha realizado algún acto relacionado con el fondo de un proceso antes de tener conocimiento de los hechos que servirían de base para invocar la inmunidad. Esta propuesta, que fue formulada originalmente en las observaciones escritas de dos gobiernos, contó con el apoyo de varios miembros de la Comisión.

3) En lo que respecta al párrafo 3, algunos miembros formularon una propuesta análoga, pero de alcance más amplio, a saber, que se empleara la frase «comparecencia con el objeto de cumplir sus funciones de protección». A juicio del Relator Especial, la expresión «cumplir sus funciones de protección» podía interpretarse en forma mucho más amplia que «comparecencia en calidad de testigo» y, por consiguiente, permitiría al Estado extranjero intervenir en el proceso con demasiada facilidad sin perder su inmunidad. En consecuencia, ha preferido mantener la redacción actual más estricta mientras se formulan nuevas opiniones sobre la cuestión.

#### *Artículo 10.—Reconvenciones*

##### *Texto aprobado*

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción en un proceso que él mismo haya promovido ante un tribunal de otro Estado en lo concerniente a una reconvencción formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.

2. Ningún Estado que intervenga en un proceso ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a una reconvencción formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda presentada por él.

3. Ningún Estado que formule reconvencción en un proceso promovido contra él ante un tribunal de otro Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal.

*Comentario*

1) En sus observaciones escritas, un gobierno propuso que se agregara una reserva en que se estipulara que podía presentarse una reconvencción contra el Estado extranjero no relacionada con la demanda principal, pero que el que presentara la reconvencción no podía obtener una reparación de monto superior al de la demanda principal.

2) El Relator Especial había estado anteriormente de acuerdo con la propuesta antes señalada y había sugerido un párrafo 4 adicional que dijera lo siguiente:

4. Un Estado sólo podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en la medida en que la demanda o la reconvencción en su contra no procuren obtener una reparación de monto superior o de índole distinta a la que reclama ese Estado<sup>17</sup>.

Sin embargo, luego de haber reflexionado más detenidamente sobre la cuestión, se inclina ahora por la opinión de que sería conveniente que la Comisión diera nuevas orientaciones sobre la política que se ha de seguir.

3) De conformidad con el concepto de *common law*, aparentemente el Estado extranjero está sujeto a cualquier reconvencción que se derive de la misma transacción, a condición de que quien presente la reconvencción esté debidamente vinculado a la acción. De conformidad con el párrafo 1, ningún Estado puede invocar inmunidad respecto de una reconvencción si él mismo ha entablado el proceso; con arreglo al párrafo 2, ningún Estado puede invocar inmunidad respecto de una reconvencción si ha intervenido en el proceso para presentar una demanda. Es-

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 107.

tas dos disposiciones parten de la base de que la reconvencción se deriva de la misma transacción original, es decir, de la misma relación jurídica que la demanda principal. En relación con ello, la jurisprudencia en materia de *common law* parece indicar que aun cuando las reconvencciones están permitidas, la persona que la presenta no puede obtener del Estado extranjero una reparación de monto superior al de la demanda original. Los párrafos 1 y 2 no imponen ese tipo de limitación, en la medida en que la reconvencción se derive de la misma relación jurídica que la demanda principal.

4) La ley de los Estados Unidos *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (apartados *b* y *c* del art. 1607) no establece límites si la reconvencción se deriva de la misma relación jurídica. De conformidad con esa ley, pueden entablarse reconvencciones que no se deriven de la misma relación jurídica en el mismo proceso contra el Estado extranjero, a condición de que la reparación que se obtenga en relación con esa demanda, cuando se entabla como reconvencción, se limite a una compensación contra cualquier reparación obtenida en relación con la acción inicial. La explicación de ello es que el límite de la reparación relativa a la reconvencción no es el monto solicitado sino el monto concedido.

5) Por consiguiente, antes de redactar un párrafo adicional como el párrafo 4 mencionado anteriormente, el Relator Especial solicita orientación respecto de: *a*) si en el caso de los párrafos 1 y 2 puede permitirse una reconvencción sin límites si se deriva de la misma relación jurídica, y *b*) si también puede permitirse la reconvencción respecto de una demanda que no esté relacionada con la demanda principal a condición de que la reparación se limite a una compensación contra la demanda principal.

### PARTE III.—[LIMITACIONES DE] [EXCEPCIONES A] LA INMUNIDAD DEL ESTADO

*Comentario*

En relación con el título de la parte III, el Relator Especial desearía saber si recibirían apoyo fórmulas neutras tales como «Actividades de los Estados a las que no se aplica la inmunidad» o, como sugirió un miembro de la Comisión en el último período de sesiones, «Casos en que no puede invocarse la inmunidad de un Estado ante un tribunal de otro Estado». De no ser así, cabría dejar abierta la cuestión y adoptar una decisión al respecto al terminar el examen del proyecto de artículos.

*Artículo 11.—Contratos mercantiles**Texto aprobado*

1. Si un Estado celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en un proceso basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en ese proceso.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

*a*) en el caso de un contrato mercantil concertado entre Estados o entre gobiernos;

*b*) si las partes en el contrato mercantil han pactado expresamente otra cosa.

*Texto propuesto**Artículo 11.—Transacciones mercantiles*

1. Si un Estado realiza con una persona física o jurídica extranjera una transacción mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, el Estado no podrá invocar la inmunidad respecto al ejercicio de tal jurisdicción en un proceso basado en esa transacción mercantil.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

*a*) en el caso de una transacción mercantil realizada entre Estados o entre gobiernos;

*b*) si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa.

### Comentario

1) Un miembro de la Comisión sugirió que se añadiera la frase «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa» al comienzo del párrafo 1, como se hacía en los artículos 12 a 18. Sin embargo, dada la naturaleza básica de este artículo, no parece recomendable añadir esa frase, pues podría fomentar desviaciones innecesarias de la norma básica a través de convenios regionales o de contratos escritos.

2) Otro miembro de la Comisión señaló la necesidad de aclarar que el hecho de convenir en un contrato en que éste se regiría por la ley de otro Estado no debía interpretarse como un sometimiento a la jurisdicción de ese Estado. Esta cuestión quedaría resuelta si se aprobara añadir al artículo 8 el párrafo 2 propuesto.

3) Con respecto a la frase «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado» contenida en el párrafo 1, varios miembros de la Comisión se pronunciaron a favor de una norma relativa al vínculo jurisdiccional entre un litigio basado en la transacción y el Estado del foro. Sin embargo, el Relator Especial opinó que, dado que había diferencias entre las soluciones contenidas en los distintos instrumentos nacionales e internacionales, la unificación de las normas de derecho internacional privado sería sumamente difícil. La norma de los Estados con respecto al vínculo territorial necesario para el ejercicio de la jurisdicción puede ser el lugar de concertación del contrato, el lugar donde han de cumplirse las obligaciones del contrato o la nacionalidad o el establecimiento comercial de una o más de las partes contratantes. La fórmula «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado» sería suficientemente neutral para permitir que el tribunal local determinara, con arreglo a sus propias normas, un vínculo jurisdiccional apropiado entre una transacción mercantil determinada y un Estado del foro. La selección de una norma particular relativa al vínculo territorial podría crear un obstáculo innecesario para la aceptación por parte de los Estados del proyecto de artículos en su totalidad.

#### Artículo 11 bis.—Empresas estatales

##### Texto propuesto

**Si una empresa estatal realiza una transacción mercantil con una persona física o jurídica extranjera, la empresa estatal estará sujeta, con respecto a los litigios relacionados con la transacción mercantil, a las mismas normas y obligaciones que las personas físicas o jurídicas, y el Estado podrá invocar la inmunidad de la jurisdicción ante los tribunales del Estado del foro con respecto a esa transacción mercantil. Sin embargo, si una empresa estatal realiza una transacción mercantil en nombre del Estado, se aplicará el artículo 11.**

### Comentario

1) El Relator Especial ha modificado el texto del artículo 11 bis presentado en su informe preliminar<sup>18</sup> teniendo

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 122.

en cuenta las opiniones expresadas en la Comisión en el último período de sesiones. Con arreglo al inciso iii) del apartado b del párrafo 1 del nuevo artículo 2, las empresas estatales no deben incluirse entre los organismos o entidades del Estado. En consecuencia, se dispone en el artículo que las empresas estatales están sujetas a las mismas normas y obligaciones que las personas naturales o jurídicas y no pueden en consecuencia invocar la inmunidad de la jurisdicción ante los tribunales del Estado del foro, en tanto que el Estado que creó la empresa estatal puede invocar la inmunidad de la jurisdicción ante los tribunales locales con respecto a la transacción mercantil realizada por la empresa estatal. En otras palabras, los tribunales de un Estado del foro no pueden, en principio, demandar a un Estado en relación con una transacción mercantil realizada por la empresa estatal.

2) Sin embargo, si la empresa estatal realiza una transacción mercantil en nombre del Estado, se aplicaría el artículo 11 y el Estado no podría invocar la inmunidad de jurisdicción con respecto a esa transacción mercantil. Algunos miembros expresaron el parecer de que una empresa estatal no realiza transacciones comerciales en nombre del Estado. Sin embargo, ocurre a veces que una empresa estatal bajo la dirección de un órgano superior (por ejemplo, un ministerio) puede formalizar un contrato comercial en nombre del gobierno o ejecutar una transacción mercantil particular como *alter ego*, por así decirlo, del Estado. En ese caso, la transacción mercantil puede considerarse como una transacción entre el Estado y una persona física o jurídica extranjera, y se aplicarían las disposiciones del artículo 11. Por supuesto, cabe siempre que un tribunal del Estado del foro tenga en cuenta el objetivo de la transacción al decidir si la transacción es mercantil con arreglo al párrafo 2 del artículo 2.

#### Artículo 12.—Contratos de trabajo

##### Texto aprobado

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física respecto de servicios ejecutados o que hayan de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado, si el trabajador ha sido contratado en ese otro Estado y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

- a) si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público;
- b) si el proceso se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;
- c) si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;
- d) si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de promoverse el proceso;
- e) si el trabajador y el Estado empleador han pactado otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

##### Texto propuesto

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante

un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física respecto de servicios ejecutados o que hayan de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado si el trabajador ha sido contratado en ese otro Estado [y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

a) (PRIMERA VARIANTE) *si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público;*

a) (SEGUNDA VARIANTE) *si el trabajador es miembro del personal administrativo o técnico de una misión diplomática o consular que participa en el ejercicio del poder público;*

b) *si el proceso se refiere a [la contratación], la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;*

c) *si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;*

d) *si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de promoverse el proceso;*

e) *si el trabajador y el Estado empleador han pactado otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.*

#### Comentario

1) Se expresaron opiniones divergentes con respecto al artículo 12. Un gobierno, en sus observaciones escritas, algunos miembros de la CDI y algunos representantes ante la Sexta Comisión sugirieron que se suprimiera todo el artículo. Sin embargo, otros miembros dijeron que consideraban necesario el artículo en razón de que los tribunales locales constituían el único foro conveniente para brindar protección al trabajador de un Estado. No hay tampoco uniformidad en las legislaciones internas de los Estados. La ley del Reino Unido *State Immunity Act 1978* contiene en su artículo 4 disposiciones detalladas sobre la cuestión, que se reproducen con bastante exactitud en la ley de Singapur *State Immunity Act, 1979* y en la Ordenanza del Pakistán *State Immunity Ordinance, 1981*, en tanto que la ley de los Estados Unidos *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* y la ley del Canadá *State Immunity Act, 1982* no contienen ninguna disposición de ese tipo. El Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972 contiene también disposiciones detalladas en su artículo 5. Todas estas disposiciones son bastante complejas. En el artículo 12 aprobado en primera lectura se tienen en cuenta probablemente el Convenio europeo de 1972<sup>19</sup> y la ley del Reino Unido de 1978<sup>20</sup>.

2) En su informe preliminar, el Relator Especial sugirió que en el párrafo 1 se suprimiera la referencia a los requi-

<sup>19</sup> El Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972, preve en el párrafo 1 del artículo 5

«1 Los Estados contratantes no podrán invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante si el proceso se

sitos de seguridad social, dado que no todos los Estados tenían sistemas de seguridad social<sup>21</sup>. Varios miembros apoyaron esa supresión, en tanto que otros preferían que se conservara la referencia.

3) El Relator Especial sugirió también que se suprimieran los apartados *a* y *b* del párrafo 2 dado que, de acuerdo con el apartado *d*, el Estado empleador podía invocar la inmunidad ante los tribunales si el trabajador era nacional de ese Estado, y sería bastante desusado contratar a una persona que no fuera nacional del Estado para un puesto relacionado con el ejercicio del poder público. Sin embargo, el Relator Especial sostiene ahora el parecer de que el apartado *a* tiene también el efecto de excluir a los funcionarios administrativos o técnicos de una misión de la aplicación del párrafo 1, cosa que tal vez no podría lograrse con arreglo al artículo 4. En consecuencia, propone dos variantes de apartado *a* para su examen por la Comisión, la primera de las cuales es el texto inicial.

4) En cuanto a la supresión del apartado *b*, parecería que, si se pudiera invocar la inmunidad en los procesos relacionados con la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato, quedaría poco que pudieran proteger los tribunales locales. Un representante en la Sexta Comisión planteó la cuestión de la adecuación de la palabra «contratación» y consideró que tal vez sería mejor sustituirla por «nombramiento». En todo caso, el Relator Especial mantendrá abierta la cuestión en tanto continúen los debates.

*Artículo 13. — Lesiones a las personas y daños a los bienes*

#### Texto aprobado

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a una acción de indemnización por causa de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, si el acto o la omisión que se alegue ser atribuible al Estado y que haya causado la muerte, las lesiones o el daño se ha producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

#### Comentario

1) Las opiniones de los miembros de la Comisión también eran divergentes con respecto al artículo 13. Algunos propusieron que se suprimiera todo el artículo, dado que en su opinión se basaba en la legislación de unos pocos Estados y esos casos podían solucionarse mediante los canales diplomáticos; otros sostuvieron que las controversias de esta naturaleza no eran raras y que la protección diplomática no era una solución viable. Se señaló también

refiere a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física en que el trabajo ha de realizarse en el territorio del Estado del foro »

<sup>20</sup> La ley del Reino Unido *State Immunity Act 1978* dispone en el párrafo 1 del artículo 4

«4 1) El Estado no tendrá inmunidad con respecto a los procesos relativos a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física cuando el contrato se haya concertado en el Reino Unido o el trabajo haya de realizarse en todo o en parte en el Reino Unido »

<sup>21</sup> Documento A/CN.4/415 (vease nota 1 *a supra*), párr. 131

que, si el acto o la omisión que causó la lesión o el daño era atribuible al Estado, se plantearía la cuestión de la responsabilidad del Estado y el asunto sólo podría resolverse a través del derecho internacional y no de los tribunales nacionales.

2) En vista de estas opiniones dispares, el Relator Especial hizo tres sugerencias: en primer lugar, que se añadiera el siguiente nuevo párrafo 2: «El párrafo 1 no afectará a ninguna norma relativa a la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional»; en segundo lugar, que se eliminara la frase «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión» a fin de ampliar el alcance del artículo para incluir los daños transfronterizos, y, en tercer lugar, que la aplicación del artículo 13 se limitara principalmente a indemnizaciones pecuniarias resultantes de accidentes de tráfico en que intervinieran medios de transporte de propiedad del Estado o explotados por el Estado y ocurridos en el territorio del Estado del foro. En el último período de sesiones de la Comisión no hubo oposición a la primera sugerencia, pero tampoco se expresó un apoyo claro en su favor; en cuanto a la segunda, algunos miembros formularon reservas con respecto a la eliminación propuesta; en lo concerniente a la tercera sugerencia, las opiniones de los miembros estaban divididas, y se recordó también que la práctica general era solucionar la cuestión a través de los seguros, aunque se señaló que los seguros no cubrían siempre todos los riesgos.

3) A la luz de estas reacciones preliminares, el Relator Especial presenta la versión original sin cambios.

#### Artículo 14.—Propiedad, posesión y uso de bienes

##### Texto aprobado

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada para impedir que el tribunal de otro Estado, por lo demás competente, ejerza su jurisdicción en un proceso relativo a la determinación:

*a)* de un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes;

*b)* de un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, de donación o de ocupación de bien vacante;

*c)* de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes que formen parte del patrimonio de una persona fallecida, de un demente o de un quebrado;

*d)* de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes de una sociedad en el caso de su disolución o liquidación; o

*e)* de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes en fideicomiso o de bienes poseídos de otro modo a título fiduciario.

2. Nada impedirá que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción en un proceso promovido ante él contra una persona que no sea un Estado, no obstante el hecho de que el procedimiento concierna a bienes o esté dirigido a privar al Estado de bienes:

*a)* que se encuentran en posesión del Estado o bajo su control; o

*b)* respecto de los cuales el Estado reivindica un derecho o interés, si el Estado mismo no hubiera podido invocar la inmunidad de haberse promovido el proceso contra él o si el derecho o interés reivindicado por el Estado no está reconocido ni fundado en un principio de prueba.

##### Comentario

En sus observaciones escritas, algunos gobiernos expresaron la opinión de que el alcance del artículo 14 era demasiado amplio. En la Comisión se expresaron también dudas con respecto a si los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 reflejaban una práctica universal. Teniendo en cuenta estas opiniones, el Relator Especial propone que la Comisión considere la posibilidad de suprimir los apartados *c*, *d* y *e*, que se inspiran principalmente en la práctica de los países en que rige el *common law*.

#### Artículo 15.—Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial

##### Texto aprobado

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

*a)* a la determinación de cualquier derecho del Estado sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma análoga de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica, aunque sea provisional, en el Estado del foro; ni

*b)* a la alegación de una presunta lesión por el Estado, en el territorio del Estado del foro, de un derecho mencionado en el apartado *a* perteneciente a un tercero y protegido en el Estado del foro.

##### Texto propuesto

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado extranjero no podrá ser invocada ante un tribunal del Estado del foro, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

*a)* a la determinación de cualquier derecho del Estado extranjero sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma de propiedad intelectual o industrial, incluidos los derechos en el campo de la fitogenética y los derechos sobre las obras producidas por ordenador, que goce de cierto grado de protección jurídica, aunque sea provisional, en el Estado del foro; ni

*b)* a la alegación de una presunta lesión por el Estado, en el territorio del Estado del foro, de un derecho mencionado en el apartado *a* perteneciente a un tercero y protegido en el Estado del foro.

##### Comentario

En respuesta a la petición formulada por un gobierno en sus observaciones escritas, se insertó en el apartado *a* una referencia a «los derechos en el campo de la fitogenética». La expresión «los derechos sobre las obras producidas por ordenador» comprende, entre otras cosas, los programas de ordenador y las configuraciones de fichas para semiconductores.

*Artículo 16.—Cuestiones tributarias**Texto aprobado*

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a las obligaciones tributarias, como derechos, impuestos y otros gravámenes análogos, a que pueda estar sujeto con arreglo a la legislación del Estado del foro.

*Texto propuesto*

El único cambio recomendado por el Relator Especial es la sustitución, al igual que en el artículo 15, de las palabras «un Estado» por «un Estado extranjero» y de las palabras «de otro Estado» por «del Estado del foro».

*Comentario*

No se ha planteado ninguna cuestión de fondo en relación con el artículo 16. Un gobierno propuso en sus observaciones escritas que se volviera a redactar el artículo con arreglo al apartado c del artículo 29 del Convenio europeo de 1972 para decir que «los presentes artículos no se aplican a los procesos relativos a aranceles aduaneros, impuestos o multas». Aunque el Relator Especial no tiene objeciones al respecto, desea mantener abierta la cuestión en tanto continúan los debates en el plenario de la Comisión y en el Comité de Redacción.

*Artículo 17.—Participación en sociedades u otras colectividades**Texto aprobado*

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a su participación en una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella, y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad o los demás participantes, cuando ésta:

a) comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales; y

b) se haya constituido con arreglo a la ley del Estado del foro o tenga la sede de su dirección o su establecimiento principal en ese Estado.

2. El párrafo 1 no se aplicará si las partes en litigio han pactado por escrito lo contrario o si los estatutos o cualquier otro instrumento por el que se haya creado o se rija la sociedad o colectividad de que se trate contienen disposiciones en contrario.

*Texto propuesto*

El Relator Especial propone únicamente que, en la segunda línea del párrafo 1, se sustituyan las palabras «un Estado» y «de otro Estado» por las palabras «un Estado extranjero» y «del Estado del foro», respectivamente.

*Comentario*

No se plantearon objeciones de fondo con respecto al artículo 17. Un gobierno propuso en sus observaciones escritas que debía darse al requisito de que la colectividad tuviera «su establecimiento principal» en el Estado del foro

preferencia sobre los demás criterios. Otro gobierno propuso que se sustituyeran las palabras «participación» y «participantes» por «calidad de miembro» y «miembros», respectivamente. Con excepción de las pequeñas sugerencias de redacción indicadas, el Relator Especial desea que el proyecto de artículo se conserve sin cambios en espera de su examen en el Comité de Redacción.

*Artículo 18.—Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial**Texto aprobado*

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado que tenga la propiedad de un buque destinado a un servicio comercial [no gubernamental], o que lo explote, podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la explotación de ese buque siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por éste y utilizados o destinados a ser utilizados en un servicio gubernamental no comercial.

3. A los efectos de este artículo, se entenderá por «proceso relativo a la explotación de ese buque», en particular, cualquier proceso que tenga por objeto decidir:

a) sobre una demanda relativa a abordajes u otros accidentes de navegación;

b) sobre una demanda relativa a asistencia, salvamento o avería gruesa;

c) sobre una demanda relativa a reparaciones, avituallamiento u otros contratos relativos al buque.

4. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él y destinado a un servicio comercial [no gubernamental] siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 no se aplica al cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni al cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado exclusivamente a ser utilizado en un servicio gubernamental no comercial.

6. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás excepciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.

7. Si en un proceso surge alguna cuestión en relación con el carácter gubernamental y no comercial del buque o del cargamento, un certificado firmado por el representante diplomático u otra autoridad competente del Estado al que pertenezca el buque y comunicado al tribunal hará prueba del carácter de ese buque o de ese cargamento.

*Texto propuesto*

El único cambio recomendado por el Relator Especial es la supresión de los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» que figuran entre corchetes en los párrafos 1 y 4.

*Comentario*

1) En sus observaciones escritas, varios gobiernos propusieron que se suprimieran los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» en los párrafos 1 y 4. El

Relator Especial considera también que su inclusión haría ambiguo el significado de esos párrafos y podría constituir una desviación de la práctica seguida en varios tratados relacionados con el derecho del mar, entre ellos, en particular, la Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados, de 1926<sup>22</sup>; la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958<sup>23</sup>; el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969<sup>24</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982<sup>25</sup>. En consecuencia, aunque unos pocos miembros seguían sosteniendo que debían conservarse los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» sin corchetes, la

<sup>22</sup> La Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados (Bruselas, 10 de abril de 1926) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, pág. 199] prevé en el párrafo 1 del artículo 3:

«Artículo 3

»1. Las disposiciones de los dos artículos precedentes no se aplicarán a los buques de guerra, los yates del Estado, las embarcaciones de patrulla, los buques-hospital, los buques de auxilio, los buques de suministro ni a ninguna otra embarcación de propiedad del Estado o explotada por el Estado y utilizada en el momento de la causa de la demanda exclusivamente para el servicio gubernamental y no comercial, y esas embarcaciones no estarán sujetas a expropiación, embargo o detención a causa de ningún proceso legal, ni a procesos judiciales *in rem*.»

<sup>23</sup> La Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 241] dispone en el artículo 21:

«Artículo 21

»Las disposiciones de las subsecciones A y B son igualmente aplicables a los buques del Estado explotados con fines comerciales.»

<sup>24</sup> El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 973, pág. 47] prevé en su artículo XI:

«Artículo XI

»1. Las disposiciones de este Convenio no se aplicarán a buques de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno.

»2. Con respecto a barcos cuya propiedad corresponda a un Estado contratante y afectados a servicios comerciales, cada Estado podrá ser perseguido ante las jurisdicciones señaladas en el Artículo IX y deberá renunciar a todas las defensas en que pudiera ampararse por su condición de Estado soberano.»

<sup>25</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) [*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122] dispone en el artículo 31:

«Artículo 31. — Responsabilidad del Estado del pabellón por daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales

»El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de esta Convención u otras normas de derecho internacional.»

tendencia general de la Comisión parece inclinarse hacia su supresión.

2) Dos gobiernos sugirieron que se introdujera el concepto de propiedad separada del Estado en relación con los buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial. Sin embargo, el Relator Especial se inclina hacia la opinión que comparten algunos otros miembros, a saber, que la Comisión debe cuidarse de evitar las duplicaciones innecesarias, en particular entre el artículo 11 *bis* y el presente artículo.

3) En cuanto a las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él y dedicadas a un servicio comercial, el Relator Especial sugirió en su segundo informe<sup>26</sup> que sería más apropiado ocuparse de la cuestión en el comentario en lugar de añadir una disposición adicional en el artículo 18, y no se planteó ninguna objeción a esta sugerencia.

Artículo 19. — Efectos de un compromiso arbitral

Texto aprobado

Si un Estado concluye por escrito un compromiso con una persona física o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con un [contrato mercantil] [negocio civil o mercantil], ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

- a) a la validez o la interpretación del compromiso arbitral;
- b) al procedimiento de arbitraje;
- c) a la anulación del laudo,

a menos que el compromiso arbitral disponga otra cosa.

Texto propuesto

El único cambio que recomienda el Relator Especial es añadir al texto del artículo el siguiente nuevo apartado: «d) al reconocimiento del laudo» (véase el párrafo 2 *infra* del comentario).

Comentario

1) Hay tres cuestiones sobre las cuales el Relator Especial desearía conocer las opiniones de los miembros. La primera se refiere a la divergencia de opiniones con respecto a la elección entre las expresiones entre corchetes «contrato mercantil» y «negocio civil o mercantil» en el encabezamiento del artículo. Si se decidiera utilizar en el artículo 2 la expresión «transacción mercantil» en lugar de «contrato mercantil» también podría hacerse el mismo cambio en el artículo 19. Aun en ese caso, algunos miembros podrían preferir todavía la expresión «contrato mercantil». Cualquiera que sea la preferencia, el Relator Especial opina que no habría mucha razón para limitar la jurisdicción supervisora de un tribunal de un Estado del foro a los «contratos mercantiles» o las «transacciones mercantiles», dado que el ámbito de un arbitraje depende fundamentalmente de los términos del compromiso arbitral. Hay muchos casos de arbitraje entre Estados y personas naturales o jurídicas resultantes de asuntos civiles o comerciales. La reserva «a menos que el compromiso ar-

<sup>26</sup> Documento A/CN.4/422 y Add.1 (véase nota 1 *b supra*), párr. 31.

bitral disponga otra cosa», que figura al final del artículo, indica que si las partes en el compromiso desean limitar el alcance del arbitraje a las diferencias resultantes de contratos mercantiles pueden hacerlo incluyendo una disposición en ese sentido en el compromiso arbitral. En consecuencia, el Relator Especial prefiere dejar abierta la posibilidad de elegir la fórmula «negocio civil o comercial».

2) La segunda cuestión se relaciona con la redacción del apartado *c*, para la cual un gobierno propuso en sus observaciones escritas que se añadiera una referencia al «reconocimiento y la ejecución» del laudo. Sin embargo, dado que la cuestión de las medidas coercitivas se ha de tratar en la parte IV del proyecto de artículos, el Relator Especial sugiere que se añada al artículo 19 un nuevo apartado *d* relativo «al reconocimiento del laudo». A este respecto, el Relator Especial ha seguido la interpretación del «reconocimiento» como el acto por el cual «se da al laudo la forma de un fallo o un título equivalente a un fallo mediante un *exequatur* o alguna certificación judicial similar»<sup>27</sup>. Por otra parte, con arreglo a una interpretación diferente del reconocimiento, «la solicitud de ejecución no suele servir para otro fin que el de constituir el primer paso hacia la ejecución»<sup>28</sup>. Si prevalece esta última interpretación en la Comisión, es posible que haya que volver a considerar la propuesta.

3) La tercera cuestión concierne a la referencia a «un tribunal» en la cláusula preliminar. En su sexto informe, el anterior Relator Especial había propuesto la fórmula «un tribunal de otro Estado en cuyo territorio o de acuerdo con cuya ley se haya realizado o vaya a realizarse el arbitraje»<sup>29</sup>, mientras que la fórmula aprobada en primera lectura es: «ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente». El actual Relator Especial opina que la primera fórmula, que es la empleada en el artículo 12 del Convenio europeo de 1972<sup>30</sup>, podría tener algún mérito en lo que se refiere al procedimiento de arbitraje. En conse-

<sup>27</sup> F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *The British Year Book of International Law*, 1967, vol. 42, pág. 18.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pág. 19.

<sup>29</sup> *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 256 (art. 20).

<sup>30</sup> El artículo 12 del Convenio europeo de 1972 dice como sigue:

cuencia, desea recomendar a los miembros de la Comisión que vuelvan a considerar este punto.

#### Artículo 20.—Casos de nacionalización

##### Texto aprobado

Las disposiciones de los presentes artículos no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir con relación a los efectos extraterritoriales de medidas de nacionalización adoptadas por un Estado respecto de bienes muebles o inmuebles o de cualesquiera otros bienes objeto de propiedad industrial o intelectual.

##### Comentario

El artículo 20 surgió de la primera lectura como una cláusula general de reserva. Algunos gobiernos manifestaron en sus observaciones escritas que las medidas de nacionalización, como actos soberanos, no estaban sujetas a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado; otros, sin embargo, observaron que el significado y el ámbito correcto del artículo no eran claros; se propuso también que se incluyera este artículo en la parte I del proyecto. El Relator Especial consideró que la última propuesta podría dar un peso excesivo al artículo, dado que los efectos extraterritoriales de la nacionalización no eran una cuestión sobre la cual se esperaba que la Comisión expresara una opinión. En el último período de sesiones, varios miembros declararon que estaban a favor de suprimir el artículo; en consecuencia, el Relator Especial recomienda su supresión del proyecto.

##### «Artículo 12

»1. Cuando un Estado contratante ha convenido por escrito en someter a arbitraje un litigio surgido o que podría surgir a raíz de un negocio civil o comercial, ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado contratante en cuyo territorio o de acuerdo con cuya legislación el arbitraje se ha realizado o se realizará en relación con ningún proceso relativo:

- »a) a la validez o la interpretación del compromiso arbitral;
- »b) al procedimiento de arbitraje;
- »c) a la anulación del laudo,

a menos que el compromiso arbitral disponga otra cosa.

»2. El párrafo 1 no se aplicará a los compromisos arbitrales entre Estados.»

## PARTE IV.—INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE MEDIDAS COERCITIVAS EN LO QUE CONCIERNE A SUS BIENES\*

### Artículos 21, 22 y 23

#### Texto aprobado

[Primera variante a los efectos de la segunda lectura<sup>31</sup>]

#### Artículo 21.—Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas

Todo Estado goza de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de medidas coercitivas, incluida cual-

quier medida de embargo y ejecución, en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo su control, [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] a menos que:

a) dichos bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales [no gubernamentales] por el Estado y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso; o

b) hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

#### Artículo 22.—Consentimiento en las medidas coercitivas

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de las medidas coercitivas en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en

\* En la exposición que sigue, la parte IV (arts. 21 a 23) se trata como un todo.

<sup>31</sup> Véase párr. 5 del comentario.

su posesión o bajo su control [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] si ha consentido expresamente en la adopción de tales medidas respecto de esos bienes, y dentro de los límites de ese consentimiento, en los términos indicados:

- a) por acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

2. El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 8 no ha de entenderse que entraña consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor de la parte IV de los presentes artículos, para lo cual será necesario un consentimiento separado.

#### *Artículo 23. — Clases especiales de bienes*

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines comerciales [no gubernamentales], conforme a lo dispuesto en el apartado a del artículo 21, los bienes de un Estado de las siguientes clases:

- a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que estén situados en el territorio de otro Estado y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;
- b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados con fines militares;
- c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado que estén situados en el territorio de otro Estado;
- d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y que estén situados en el territorio de otro Estado y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;
- e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico o histórico en el territorio de otro Estado y que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Ninguna clase de bienes mencionada en el párrafo 1, ni parte de ella, será objeto de medidas coercitivas en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, a menos que el Estado de que se trate haya asignado o destinado esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado b del artículo 21, o haya consentido específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de esa clase de sus bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.

#### *Texto propuesto*

[Segunda variante a los efectos de la segunda lectura<sup>32</sup>]

#### *Artículo 21. — Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas*

1. No se podrán tomar medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución, contra los bienes de un Estado extranjero situados en el territorio de un Estado del foro salvo en los casos y en la medida en que:

- a) el Estado extranjero haya consentido expresamente en ello respecto de esos bienes, en los términos indicados:
  - i) por convenio arbitral;
  - ii) por acuerdo internacional o en un contrato escrito;
  - iii) mediante consentimiento otorgado por escrito después del nacimiento de un litigio entre las partes;
- b) el Estado extranjero haya asignado o destinado sus bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

c) los bienes se encuentren en el territorio del Estado del foro y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales no gubernamentales por el Estado [y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso].

2. *El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 8 no ha de entenderse que entraña consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor de la parte IV de los presentes artículos, para lo cual será necesario un consentimiento separado.*

#### *Artículo 22. — Clases especiales de bienes*

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines comerciales conforme a lo dispuesto en el apartado c del párrafo 1 del artículo 21 los bienes de un Estado de las siguientes clases:

- a) *los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que estén situados en el territorio de otro Estado y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;*
- b) *los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados con fines militares;*
- c) *los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado extranjero que estén situados en el territorio de un Estado del foro y sean utilizados con fines monetarios;*
- d) *los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y que estén situados en el territorio de otro Estado y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;*
- e) *los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico o histórico en el territorio de otro Estado y que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.*

2. Ninguna clase de bienes mencionada en el párrafo 1, ni parte de ella, será objeto de medidas coercitivas en relación con un proceso incoado ante un tribunal de un Estado del foro, a menos que el Estado de que se trate haya consentido específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de esa clase de bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el apartado a del párrafo 1 del artículo 21, o haya asignado o destinado esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado b del párrafo 1 del artículo 21.

#### *Artículo 23*

Si un Estado confía a una empresa estatal bienes de Estado, incluidos bienes de Estado separados, con fines comerciales, el Estado no podrá invocar ante un tribunal del Estado del foro la inmunidad respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a esos bienes de Estado.

<sup>32</sup> *Idem.*

## Comentario

1) En el pasado existía una tendencia general a considerar por separado las cuestiones de la inmunidad respecto de las medidas coercitivas y de la inmunidad respecto de la jurisdicción, de modo que ambas materias se desarrollaran en forma independiente. Por lo tanto, aunque existía una tendencia, especialmente en los países industrializados, a aceptar una inmunidad restringida en lo relativo a la jurisdicción de un tribunal del Estado del foro, dos posiciones opuestas siguieron coexistiendo en la esfera de la ejecución. Con arreglo a una posición, se consideraba que la facultad de proceder a la ejecución era una consecuencia de la facultad de ejercer la jurisdicción, en tanto que desde la posición contraria se sostenía que el derecho internacional prohibía la ejecución forzada respecto de los bienes de un Estado extranjero que estuviesen situados en un Estado del foro, aun cuando un tribunal del Estado del foro tuviese jurisdicción para dictaminar acerca de la controversia. La jurisprudencia de los tribunales de Suiza, los Países Bajos y la República Federal de Alemania ha adoptado la primera posición, en tanto que varios gobiernos socialistas se inclinaban por la última de las posiciones mencionadas. No obstante, la tendencia que se ha ido perfilando recientemente en los países desarrollados es la de restringir la inmunidad respecto de la ejecución, a reserva de ciertas salvaguardas para los bienes estatales protegidos.

2) Un ejemplo de dicha tendencia restrictiva es la ley del Reino Unido *State Immunity Act 1978* (art. 13), que ha servido también de modelo para la legislación nacional de Sudáfrica, Singapur, Pakistán y, más recientemente, Australia. Con arreglo a dicho ordenamiento, se prevé la ejecución de una sentencia o de un laudo arbitral respecto de bienes de Estado que por el momento se están utilizando o que se proyecta utilizar con fines comerciales. Otro grupo de leyes del mismo tenor que han sido recientemente promulgadas, pero que difieren ligeramente del ordenamiento anterior, está representado por la ley de los Estados Unidos *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (art. 1609), en la cual, al mismo tiempo que se establece una norma general de inmunidad respecto de la ejecución, se prevén diversas excepciones en el sentido de que los bienes que se emplean para una actividad comercial en los Estados Unidos están sujetos a ejecución. La diferencia principal entre ambos ordenamientos es que en virtud de la ley del Reino Unido la renuncia a la inmunidad puede aplicarse tanto a los bienes no comerciales como a los comerciales, mientras que en virtud de la ley de los Estados Unidos la renuncia sólo es posible respecto de los bienes comerciales.

3) El Convenio europeo de 1972 crea un ordenamiento bastante complejo. Aunque su norma básica es la prohibición general de aplicar medidas de ejecución, a reserva de la posibilidad de una renuncia expresa, el Convenio prevé la obligación directa de los Estados contratantes de respetar la sentencia que se haya dictado en su contra. En caso de incumplimiento, el demandante puede incoar un proceso ante un tribunal del Estado contra el cual se haya dictado la sentencia. Existe además la posibilidad de entablar una acción ante el Tribunal Europeo. Otra posibilidad todavía es el procedimiento de declaración facultativa, con arreglo al cual las sentencias que se dicten en juicios derivados de actividades industriales o comerciales

pueden ejecutarse sobre los bienes de un Estado deudor que sean utilizados exclusivamente para dichas actividades. En cuanto al procedimiento establecido en el Convenio europeo, un autor ha comentado que el modelo presentado por el Convenio debe considerarse «una fórmula de transacción entre países cuyas posiciones difieren ampliamente» y que «esta solución no se presta a ser adoptada con carácter general. Se basa en la confianza especial existente entre los países europeos que son partes en el Convenio y no puede generalizarse»<sup>33</sup>. Es posible que el procedimiento establecido en el Convenio europeo sea demasiado complejo para servir de guía a la Comisión.

4) Una vez más, las opiniones expresadas en la Comisión fueron diametralmente opuestas. Dos miembros dijeron que era necesario dejar bien claro el principio de la prohibición de ejecutar los bienes de un Estado extranjero. Los gobiernos de algunos Estados socialistas habían sostenido la misma posición en sus observaciones por escrito. No obstante, varios gobiernos, al comentar frases determinadas, habían señalado que no se oponían sustancialmente al texto aprobado en primera lectura. Además, un representante en la Sexta Comisión expresó la inquietud de que las disposiciones sobre medidas coercitivas pudieran impedir que se ejecutara en un Estado una decisión judicial dictada contra otro Estado. En cambio, otro representante se inclinaba por volver a formular el proyecto de artículo de manera tal que quedase bien claro el principio de la prohibición de ejecutar los bienes de un Estado.

5) Teniendo en cuenta los antecedentes mencionados, el Relator Especial sugiere que la Comisión continúe examinando la parte IV del proyecto sobre la base de dos variantes: la primera de ellas sería el texto aprobado en primera lectura y la segunda una nueva formulación de ese texto, aunque sin la idea de prohibición total de la ejecución, ya que a juicio del Relator Especial, y a la luz de las observaciones escritas recibidas hasta el momento, así como de las observaciones que se han hecho en la Sexta Comisión y en la CDI, un principio de ejecución cuidadosamente limitado tendría mayores probabilidades de obtener el consenso general que una prohibición total de la ejecución. El Relator Especial ha formulado ya sus comentarios sobre la primera variante en sus dos informes anteriores<sup>34</sup>; a continuación figuran sus comentarios sobre la segunda variante.

6) En lo que concierne al artículo 21, el Relator Especial ha tomado en cuenta la sugerencia de un miembro de la CDI acerca de la redacción, en el sentido de que el principio relativo a las medidas coercitivas se enunciara al comienzo de la parte IV, así como la sugerencia de otros miembros de que se combinaran los artículos 21 y 22 iniciales en uno solo. La cláusula preliminar del párrafo 1 enuncia el principio de la no ejecución respecto de los bienes de un Estado extranjero en el territorio de un Estado del foro, con ciertas excepciones. El texto aprobado de la cláusula preliminar del artículo 21 y del párrafo 1 del artículo 22 contiene la frase entre corchetes «o de aquellos

<sup>33</sup> C. H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications, 1988, pág. 128.

<sup>34</sup> Documento A/CN.4/415, párrs. 209 a 242; y documento A/CN.4/422 y Add.1, párrs. 42 a 46 (véase nota 1 *supra*).

en que tenga un interés jurídicamente protegido», respecto de la cual hubo discrepancia de opiniones entre los miembros de la Comisión. En sus observaciones escritas, varios gobiernos criticaron la frase por ser demasiado vaga y permitir que se amplíe el ámbito de la inmunidad respecto de la ejecución. Aunque algunos miembros de la Comisión se inclinaban por conservar dicha expresión, el Relator Especial recomienda que sea eliminada.

7) Las excepciones al principio relativo a las medidas coercitivas se aplicarán, por lo tanto: *a*) si un Estado extranjero ha consentido expresamente en que se apliquen dichas medidas, mediante acuerdo o contrato [en el inciso *i*) del apartado *a* del párrafo 1 se hace referencia al convenio arbitral, ya que el arbitraje parece ser una posibilidad práctica]; *b*) si el Estado extranjero ha asignado o destinado bienes para satisfacer la demanda, o *c*) si los bienes se utilizan con fines comerciales. El texto del apartado *c* del párrafo 1 fue tomado del apartado *a* del anterior artículo 21, pero las palabras «no gubernamentales» entre corchetes fueron eliminadas, para ajustarse a lo dispuesto en los párrafos 1 y 4 del artículo 18, y la oración «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso» se ha colocado entre corchetes, ya que las opiniones al respecto se encontraban divididas. A la luz de las observaciones escritas de los gobiernos, el Relator Especial propuso que se eliminara dicha oración, pero algunos miembros de la Comisión se opusieron a ello. En cuanto al párrafo 2, su texto es idéntico al del anterior artículo 22.

8) Poco es lo que cabe agregar en cuanto al artículo 22, que es fundamentalmente una reproducción del anterior artículo 23, con escasas modificaciones. Al comienzo del párrafo 1 se han eliminado las palabras entre corchetes «no gubernamentales», por el mismo motivo que fueron eliminadas en los artículos 18 y 21. Habida cuenta de las modificaciones introducidas en el artículo 21, fue necesario lógicamente cambiar, en la cláusula preliminar, la referencia que se hacía al apartado *a* por una referencia al apartado *c* del párrafo 1. En el apartado *c* del párrafo 1 fue necesario añadir las palabras «y sean utilizados con fines monetarios», a raíz de las observaciones escritas formuladas por un gobierno. En el párrafo 2, la referencia al artículo 22 se ha reemplazado por una referencia al artículo 21 debido a la nueva disposición de los artículos.

9) Respecto del artículo 23, el artículo 11 *bis* estipula que si una empresa estatal «realiza una transacción mercantil con una persona física o jurídica extranjera, la empresa estatal estará sujeta [...] a las mismas normas y obligaciones que las personas físicas o jurídicas». Ello significa asimismo que, en relación con las medidas coercitivas, la empresa estatal estará sujeta a las mismas normas y obligaciones que una persona física o jurídica. Como consecuencia lógica de lo anterior, en el artículo 23 se estipula que, si se entregan a una empresa estatal bienes de Estado para ser utilizados con fines comerciales, el Estado al que pertenezca la empresa estatal no podrá invocar, ante un tribunal del Estado del foro, la inmunidad respecto de medidas coercitivas en relación con esos bienes de Estado.

## PARTE V.—DISPOSICIONES DIVERSAS

### *Artículo 24. — Notificación del acto de incoación de un proceso*

#### *Texto aprobado*

1. La notificación del acto de incoación de un proceso contra un Estado por mandamiento judicial o cualquier otro documento se hará:

*a*) de conformidad con cualquier acuerdo especial sobre notificación entre el demandante y el Estado interesado;

*b*) a falta de tal acuerdo, de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado;

*c*) a falta de tal acuerdo o convenio, transmitiéndola por vía diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado; o

*d*) en defecto de lo que antecede, y si la legislación del Estado del foro y la del Estado interesado lo permiten:

i) transmitiéndola por correo certificado dirigido al jefe del ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado, con acuse de recibo; o

ii) por cualquier otro medio.

2. La notificación por los medios a que se refieren el apartado *c* y el inciso *i*) del apartado *d* del párrafo 1 se entenderá practicada cuando el ministerio de relaciones exteriores haya recibido los documentos.

3. A esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado.

4. El Estado que comparezca en relación con el fondo en un proceso promovido contra él no podrá alegar después que la notificación del acto de incoación del proceso no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.

#### *Texto propuesto*

1. **La notificación del acto de incoación de un proceso contra un Estado por mandamiento judicial o cualquier otro documento se hará:**

***a*) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o**

***b*) a falta de tal convenio, transmitiéndola por vía diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado.**

2. **La notificación por el medio a que se refiere el apartado *b* del párrafo 1 se entenderá practicada cuando el ministerio de relaciones exteriores haya recibido los documentos.**

3. **A esos documentos se acompañará [, de ser necesario,] la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado [, o al menos una traducción a uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas].**

4. **El Estado que comparezca en relación con el fondo de un proceso promovido contra él no podrá alegar después que la notificación del acto de incoación del proceso no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.**

### Comentario

1) En sus observaciones escritas algunos gobiernos opinaron que debía considerarse que la notificación del acto de incoación de un proceso había sido practicada mediante su transmisión al ministerio de relaciones exteriores, o que ella debía hacerse por la vía diplomática. También se señaló que en muchos ordenamientos jurídicos no era aceptable un arreglo especial entre el demandante y el Estado para efectuar la notificación. Teniendo en cuenta dichas opiniones, el nuevo párrafo 1 prevé que la notificación del acto de incoación de un proceso se hará ya sea de conformidad con un convenio internacional o transmitiéndola por vía diplomática. En el caso de que exista un convenio obligatorio tanto para el Estado del foro como para el Estado interesado, la notificación del acto de incoación de un proceso con arreglo al convenio debe tener prioridad.

2) La modificación introducida en el párrafo 2 es simplemente la consecuencia de los cambios efectuados en el párrafo 1.

3) Respecto del párrafo 3, varios miembros propusieron que las palabras «de ser necesario» debían ser eliminadas. Habida cuenta del problema práctico con que tropezaría la entidad encargada de notificar el acto de incoación del proceso si se eliminaran esas palabras, el Relator Especial se inclinó por sugerir que, en caso de hacerse así, se añadiera la expresión entre corchetes que figura al final del párrafo de manera que, en aquellos casos en que la entidad encargada de la notificación experimente dificultades por requerirse una traducción a un idioma poco utilizado, se acepte en cambio una traducción a uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

#### Artículo 25.—Fallo en ausencia

##### Texto aprobado

1. No se dictará fallo en ausencia contra ningún Estado salvo que se pruebe el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos 1 y 3 del artículo 24 y haya expirado un plazo no inferior a tres meses contados desde la fecha en que se haya hecho o se entienda practicada, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 24, la notificación del mandamiento judicial u otro documento por el que se incoe el proceso.

2. Del fallo en ausencia dictado contra un Estado se transmitirá a éste copia, a la que se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado, por uno de los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 24, y el plazo señalado para recurrir contra el mismo, que no deberá ser inferior a tres meses contados desde la fecha en que el Estado interesado haya recibido o se entienda que ha recibido la copia del fallo, comenzará a correr a partir de esa fecha.

##### Texto propuesto

El único cambio recomendado por el Relator Especial es que se añada al final del párrafo 1 la expresión «y si el tribunal tiene jurisdicción de conformidad con los presentes artículos».

### Comentario

1) El concepto consagrado en la expresión que se sugiere

añadir al final del párrafo 1 fue sugerido por uno de los gobiernos en sus observaciones escritas, a fin de dejar claro que el fallo en ausencia no debe dictarse simplemente en virtud de la debida notificación del acto de incoación del proceso. La misma idea fue expresada por un miembro de la Comisión. El Relator Especial no tiene objeciones que oponer a ese agregado si los demás miembros coinciden en hacerlo.

2) Algunos miembros sugirieron que se eliminaran las palabras «de ser necesario» del párrafo 2, como se propuso en el caso del párrafo 3 del artículo 24. El Relator Especial sugiere que en el artículo 25 se adopte la misma solución que en el artículo 24.

#### Artículo 26.—Inmunidad respecto de medidas coactivas

##### Texto aprobado

Todo Estado gozará de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de cualquier medida coactiva en virtud de la cual haya de realizarse o abstenerse de realizarse determinado acto so pena pecuniaria.

### Comentario

El Relator Especial no tiene ninguna propuesta que hacer respecto del artículo 26. En sus observaciones escritas, dos gobiernos expresaron sus dudas en cuanto a que dicha disposición fuese adecuada. Otro gobierno, aunque apoyaba el objetivo de la disposición, sugirió que ella volviera a formularse a fin de impedir que se dictase una orden de esa naturaleza. El Relator Especial preferiría conservar la formulación original, pero desearía conocer las opiniones de otros miembros.

#### Artículo 27.—Inmunidades procesales

##### Texto aprobado

1. El hecho de que un Estado no presente cualquier documento o no revele cualquier otra información para los efectos de un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, o de que se niegue a presentar tal documento o a revelar tal información, no entrañará consecuencias distintas de las que resulten de ese comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se impondrá al Estado ninguna multa o pena por razón de ese comportamiento.

2. Ningún Estado está obligado a prestar caución, fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte ante un tribunal de otro Estado.

##### Texto propuesto

1. El hecho de que un Estado no presente cualquier documento o no revele cualquiera otra información para los efectos de un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, o que se niegue a presentar tal documento o a revelar

*tal información, no entrañará consecuencias distintas de las que resulten de ese comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se impondrá al Estado ninguna multa o pena pecuniaria por razón de ese comportamiento.*

2. Ningún Estado que sea demandado en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado está obligado a prestar caución, fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte ante un tribunal de otro Estado.

#### *Comentario*

En las observaciones presentadas por escrito, dos gobiernos opinaron que la disposición relativa a la no obligatoriedad de prestar caución debía enmendarse, a fin de que se aplicara sólo al Estado demandado, y sugirieron que volviera a formularse el párrafo 2 sobre la base de esa opinión. Uno de los miembros de la Comisión apoyó la nueva formulación, pero otros expresaron sus dudas al respecto.

#### *Artículo 28.—No discriminación*

##### *Texto aprobado*

1. Las disposiciones de los presentes artículos se aplicarán sin discriminación en las relaciones entre los Estados partes en ellos.
2. Sin embargo, no se considerará discriminatorio:
  - a) que el Estado del foro aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos porque así aplique esa disposición el otro Estado interesado;
  - b) que, por acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato diferente del que se establece en las disposiciones de los presentes artículos.

#### *Comentario*

Durante las deliberaciones que tuvieron lugar en el último período de sesiones de la Comisión, algunos miembros sugirieron que se eliminara el artículo 28, en tanto otros se inclinaban por conservarlo. Dado que la materia exigirá un examen cuidadoso antes de que se llegue a un acuerdo general sobre los artículos que anteceden, el Relator Especial preferiría conservar por el momento el artículo en su forma actual.



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

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/429 y Add.1 a 4

## Observaciones de los Estados Miembros recibidas en cumplimiento de las resoluciones 43/164 y 44/32 de la Asamblea General

[Original español, francés, inglés]  
[23 de marzo, 11, 15 y 21 de mayo y 15 de junio de 1990]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCION	25
Argentina	26
Australia	26
Belgica	26
Mali	26
Nigeria	27
Noruega	27
Singapur	27
Trinidad y Tabago	27

### Introducción

1. En sus resoluciones 43/164, de 9 de diciembre de 1988, y 44/32, de 4 de diciembre de 1989, relativas al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Asamblea General invitó a la Comisión de Derecho Internacional a que continuase su labor de elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y pidió al Secretario General que siguiese recabando las opiniones de los Estados Miembros acerca de las conclusiones que figuran en el inciso i) del apartado c del párrafo 69 del informe de la Comisión sobre su 35.º período de sesiones<sup>1</sup>.

2. En cumplimiento de las resoluciones mencionadas *supra*, el Secretario General, en sus notas fechadas el 28 de febrero de 1989 y el 15 de febrero de 1990, solicitó las opiniones de los Estados Miembros acerca de las conclusiones a que se alude *supra*.

3. Las respuestas recibidas de conformidad con la resolución 43/164 figuran en un informe que el Secretario General presentó a la Asamblea General en su cuadragésimo cuarto período de sesiones<sup>2</sup>.

4. Las respuestas recibidas con posterioridad a la distribución de ese documento serán incorporadas al informe pertinente que el Secretario General presentará a la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones. Entre esas respuestas, se reproducen a continuación las recibidas de los gobiernos de ocho Estados Miembros antes del 15 de junio de 1990.

<sup>1</sup> El inciso i) del apartado c del párrafo 69 dice como sigue

«c) Por lo que respecta a la aplicación del código

»i) Como algunos miembros de la Comisión estiman que un código que no vaya acompañado de sanciones, y de una jurisdicción criminal competente, sería inoperante, la Comisión pide a la Asamblea General que precise si su mandato consiste también en elaborar el estatuto de una jurisdicción criminal internacional competente para los individuos.»

(Anuario 1983, vol II [segunda parte], pag 17)

<sup>2</sup> El informe (A/44/465) contenía las respuestas de los gobiernos de los siguientes Estados Miembros: Brasil, Finlandia, Jamahiriya Árabe Libia y Suecia

### Argentina

[Original español]  
[23 de abril de 1990]

En relación al párrafo 3 de la resolución 44/32 de la Asamblea General, el Gobierno argentino considera prematuro que la Comisión de Derecho Internacional examine la cuestión del establecimiento de un estatuto criminal internacional competente para los individuos. Al respecto, expresa que el examen de dicha cuestión debería abordarse una vez que haya sido resuelta la definición de los delitos y sanciones de un sistema penal internacional.

### Australia

[Original inglés]  
[7 de mayo de 1990]

Aunque no se le oculta que la Comisión de Derecho Internacional ha de hacer frente a un gran volumen de trabajo, Australia es partidaria de que siga examinando la propuesta de creación de un tribunal internacional que conozca de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta opinión es coherente con el apoyo prestado por Australia a las resoluciones 44/32 y 44/39 de la Asamblea General, con su constante esfuerzo por mejorar el interés y pertinencia de la labor de la Comisión y con su reconocimiento de las presiones a que crímenes graves, como el tráfico internacional de estupefacientes, someten a los sistemas judiciales de los pequeños Estados. El estudio de las dificultades prácticas que entraña la puesta en funcionamiento del tribunal internacional propuesto requeriría, a juicio de Australia, que la Comisión examinara finalmente el alcance del estatuto por el que se cree una jurisdicción penal internacional competente para los individuos. Así pues, Australia considera que el mandato de la Comisión debe entenderse que abarca la redacción de ese estatuto.

### Bélgica

[Original francés]  
[10 de mayo de 1990]

En respuesta a la petición del Secretario General, formulada en cumplimiento del párrafo 3 de la resolución 44/32 de la Asamblea General sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en la que solicitó ser informado de las opiniones del Gobierno belga sobre las conclusiones formuladas en el inciso i) del apartado c del párrafo 69 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 35.º período de sesiones, el Representante Permanente de Bélgica tiene el honor de remitirse a la respuesta comunicada por su Gobierno el 7 de julio de 1988, que la Asamblea General tuvo ante sí en su cuadragésimo tercer período de sesiones<sup>1</sup>.

La respuesta es del tenor siguiente:

<sup>1</sup> El Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no se podrá aplicar eficazmente sino en la medida en que una organización judicial internacional pueda sancionar el incumplimiento de las nor-

mas de dicho Código. En ese contexto, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en su artículo 6, prevé que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas ante la corte penal internacional que sea competente. Sin duda el principio de sanción universal, consagrado en numerosas convenciones internacionales, permite atenuar en cierta medida la falta de una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, cabe reconocer que el principio de la sanción universal no constituye la solución ideal en materia de crimen internacional por dos motivos

2. En primer lugar, porque la sanción universal ha tropezado siempre con cierta oposición por el hecho de que convierte a los tribunales nacionales en jueces de la conducta de gobiernos extranjeros. Además, porque es lógico que un crimen que atenta contra el orden internacional como tal, se someta a una jurisdicción que es expresión y garante de ese orden internacional. Por lo tanto, es indispensable que se incluya en el mandato de la Comisión de Derecho Internacional la creación de una jurisdicción penal internacional.

### Mali

[Original francés]  
[15 de febrero de 1990]

1. Desde la primera guerra mundial, la comunidad internacional ha experimentado la necesidad de elaborar un código penal internacional y de establecer una jurisdicción penal internacional, pero, para concretar el proyecto, fue preciso esperar la conclusión de la segunda guerra mundial, cuando en Nuremberg se enjuició a criminales de guerra por primera vez en la historia.

2. Las Naciones Unidas están enfrascadas todavía en la elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tras un aplazamiento de varios años de los trabajos sobre este tema, la Asamblea General ha invitado de nuevo a la Comisión de Derecho Internacional a ocuparse de la cuestión de saber si existe o no un orden jurídico internacional, es decir, intereses cuya salvaguarda no incumbe a los países únicamente, sino a toda la humanidad.

3. Tal es el caso de los problemas planteados por la contaminación del medio ambiente (destrucción de la capa de ozono, desechos tóxicos). Es un hecho reconocido que el medio ambiente tiene utilidad pública y que, por ende, su protección incumbe a la comunidad internacional. De igual manera, es preciso proteger todas las civilizaciones, sin distinción. En momentos en que se habla de naciones civilizadas, no puede haber lugar para la esclavitud, la colonización, el predominio de una raza sobre otra, ni para las guerras hegemónicas que constituyen la negación de la paz y la seguridad internacionales, y son incluso crímenes contra la humanidad.

4. Corresponde a la Comisión enumerar y tipificar en un código los hechos cuya perpetración afectaría la paz internacional, constituyendo así crímenes que competen a una jurisdicción penal internacional. Pero, por elogiables que sean los objetivos de esta labor de codificación, seguirán siendo un tanto indefinidos en la medida en que no exista realmente una jurisdicción penal internacional y habida cuenta del hecho de que muchos autores de crímenes internacionales son Jefes de Estado o de Gobierno que, debido a su condición, escapan a la justicia de su país. Por el momento, estos dirigentes políticos sólo son objeto de denuncias ante la opinión pública internacional. Como esa denuncia no es suficiente, suelen imponerse injustamente sanciones contra sus países.

<sup>1</sup> Véase A/43/525

5. La creación de una jurisdicción penal internacional tiene el objeto de permitir que se procese y condene a los individuos de cualquier condición que cometan algún crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

6. Tal proyecto tendrá inevitablemente repercusiones sobre la legislación interna, la cual deberá ajustarse a las disposiciones aprobadas en materia penal por la comunidad internacional.

7. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Gobierno de Mali es partidario de que se conceda un mandato a la Comisión de Derecho Internacional para que ésta elabore el proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional.

### Nigeria

[Original inglés]  
[25 de abril de 1990]

Nigeria estima que es algo prematuro que la Comisión de Derecho Internacional estudie ahora la elaboración de un estatuto. Sigue habiendo aún muchas cuestiones sin resolver en el sistema penal internacional relativas a la definición de las infracciones y las penas derivadas de esas infracciones. La Comisión debería acelerar sus trabajos a fin de que la definición de las infracciones penadas por el proyecto de código concluya a su debido tiempo. Tan pronto como se haya finalizado el proyecto de código se podrá estudiar la cuestión del estatuto de un tribunal penal internacional para los individuos.

### Noruega

[Original inglés]  
[29 de mayo de 1990]

En opinión del Gobierno noruego, la determinación del alcance del mandato de la Comisión de Derecho Internacional en lo que concierne a la elaboración del estatuto de una jurisdicción penal internacional con competencia respecto de los individuos debe aplazarse hasta que se hayan aclarado más las cuestiones de fondo que este tema plantea.

### Singapur

[Original inglés]  
[30 de abril de 1990]

El Gobierno de Singapur apoya la petición de la Comisión de Derecho Internacional de que se precise que su mandato consiste también en elaborar el estatuto de una jurisdicción penal internacional competente para los individuos. El Gobierno de Singapur opina asimismo que un código que no estuviese acompañado de unas penas y de una jurisdicción penal competente sería ineficaz.

### Trinidad y Tabago

[Original inglés]  
[3 de mayo de 1990]

1. Trinidad y Tabago ha apoyado siempre la elaboración y adopción por los Estados de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ese código, una vez aceptado por los Estados, constituirá un importante instrumento jurídico internacional en el que se enunciarán los crímenes más peligrosos que agitan la conciencia de los Estados y perturban la paz y la seguridad internacionales.

2. Ciertos crímenes han adquirido carácter transnacional, lo que por desgracia coarta gravemente a los Estados para luchar con eficacia contra tales crímenes cuando actúan dentro de los límites de su jurisdicción interna. Los actos de genocidio, la tortura, los crímenes contra los agentes diplomáticos, el mercenarismo, el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes a través de las fronteras internacionales constituyen graves amenazas contra la integridad de los Estados y pueden socavar su estabilidad, seguridad y desarrollo.

3. La creación de una jurisdicción penal internacional y un tribunal penal internacional para juzgar a los individuos acusados de cometer tales crímenes fue una idea que, en general, abrigaron jurisconsultos y organizaciones no gubernamentales hasta la segunda guerra mundial. A raíz de la constitución del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en 1946, se pensó en hacer extensiva la jurisdicción de un tribunal penal internacional a los individuos acusados de violaciones de ciertas normas de derecho internacional, especialmente en esferas como los crímenes de guerra, el genocidio y otras infracciones que podían perturbar la paz internacional.

4. Con los auspicios de la Asamblea General se formalizó en 1951 un proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional, que luego fue revisado en 1954<sup>1</sup>. A ello siguió, sin embargo, un periodo de inactividad como consecuencia del contenido de la resolución 1187 (XII) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1957, en la que la Asamblea recomendaba que se aplazase el examen de la cuestión de la jurisdicción penal internacional «hasta cuando la Asamblea General [examinase] nuevamente la cuestión de la definición de la agresión y la cuestión del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad».

5. Trinidad y Tabago reconoce que la propuesta de creación de una jurisdicción penal internacional figura en el programa de la Comisión de Derecho Internacional en relación con la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

6. En ejecución de su mandato, la Comisión ha tipificado y definido con éxito una serie de crímenes que perturban la paz y la seguridad internacionales, como la agre-

<sup>1</sup> Proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, instituida en virtud de la resolución 489 (V) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1950 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo periodo de sesiones, Suplemento N° 11* [A/2136], anexo I), y proyecto de estatuto revisado preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953), instituida por la resolución 687 (VII) de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1952 (*ibid noveno periodo de sesiones, Suplemento N° 12* [A/2645], anexo)

sión, el *apartheid*, el colonialismo y los crímenes de guerra. Trinidad y Tabago toma nota de que el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial encargado del tema, ha presentado recientemente el proyecto de artículos sobre el tráfico ilícito de estupefacientes<sup>2</sup>, y felicita a la Comisión por la respuesta oportuna y positiva que ha dado al examen de este problema universal.

7. Ahora bien, Trinidad y Tabago cree firmemente que la elaboración de un código que no vaya acompañado de unas penas, una jurisdicción competente y un tribunal no será eficaz. Para que el código sea eficaz es menester establecer un mecanismo para su aplicación. A este respecto, Trinidad y Tabago apoya la creación de una jurisdicción penal internacional competente para los individuos.

8. Los magistrados de ese tribunal han de ser nombrados por sus cualidades morales, su competencia jurídica y su posición como representantes de los sistemas jurídicos del mundo. La jurisdicción de ese tribunal, que necesitará el apoyo político de los Estados, ha de basarse en su propio estatuto. El estatuto debe tratar de garantizar la objetividad e imparcialidad de ese órgano y velar por que el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no se preste a interpretaciones diversas. El proyecto de estatuto debe indicar asimismo los parámetros de la jurisdicción del tribunal y, de conformidad con la Carta de

las Naciones Unidas, debe tratar de garantizar el acatamiento de los principios de la soberanía y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados partes.

9. Trinidad y Tabago acoge con satisfacción el «cuestionario-informe» sobre el estatuto de un tribunal penal internacional presentado por el Sr. Doudou Thiam en su octavo informe<sup>3</sup>, que permitirá a los Estados estudiar las disposiciones que pueden incluirse en el estatuto de un tribunal penal internacional.

10. Trinidad y Tabago opina firmemente que la comunidad internacional debe atribuir un alto grado de prioridad a la útil y fructífera labor de la Comisión sobre la elaboración del proyecto de código y a las propuestas enunciadas en el «cuestionario-informe» relativo al estatuto de un tribunal penal internacional. Las posibles variantes presentadas en este último documento no sólo facilitarán los trabajos de la Comisión, sino que también ayudarán a los Estados en su examen de la viabilidad de la creación de una jurisdicción penal internacional y de sus ventajas.

11. A este respecto, el Gobierno de Trinidad y Tabago opina que, para facilitar el estudio más completo posible de la cuestión de una jurisdicción penal internacional, la Comisión podría nombrar a tal efecto un relator especial o un grupo de trabajo.

<sup>2</sup> Véase *infra*, pág. 37, documento A/CN.4/430 y Add.1, parte II.

<sup>3</sup> Véase *infra*, pág. 38, documento A/CN.4/430 y Add.1, parte III.

DOCUMENTO A/CN.4/430 y Add.1

Octavo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

[Original francés]  
[8 de marzo y 6 de abril de 1990]

INDICE

	<i>Parrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCION	1-4	30
PARTE I LA COMPLICIDAD LA CONSPIRACION Y LA TENTATIVA	5-67	30
A La complicidad	5-38	30
1 Proyecto de artículo 15	5	30
2 Comentario	6-38	30
a) Observaciones de orden metodológico	6	30
b) Párrafo 1	7-27	31
i) Actos de complicidad materiales e intelectuales	7-13	31
ii) Los actos de complicidad y su tipificación	14-18	31
iii) Los actores	19-27	32
c) Párrafo 2	28-37	33
d) Conclusion	38	34
B La conspiración	39-62	34
1 Proyecto de artículo 16	39	34
2 Comentario	40-62	34
a) Párrafo 1	40-43	34
b) Párrafo 2	44-61	34
i) Primera variante	44-59	34
ii) Segunda variante	60-61	36
c) Conclusion	62	36
C La tentativa	63-67	36
1 Proyecto de artículo 17	63	36
2 Comentario	64-67	36
PARTE II TRAFICO ILICITO E INTERNACIONAL DE ESTUPEFACIENTES	68-76	37
A El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz	68-74	37
1 Proyecto de artículo X	68	37
2 Comentario	69-74	37
a) Párrafo 1	69-70	37
b) Párrafo 2	71	37
c) Relaciones entre el proyecto de código y los convenios en vigor	72-74	37
B El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la humanidad	75-76	38
1 Proyecto de artículo Y	75	38
2 Comentario	76	38
PARTE III ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	77-108	38
A Observaciones introductorias	77-79	38
B Estatuto del tribunal penal internacional	80-108	38
1 Competencia del tribunal	80-85	38
a) ¿Competencia limitada a los crímenes tipificados en el código o competencia respecto a todos los delitos internacionales?	80-83	38
Versiones presentadas	80	38
Comentario	81-83	39
b) Necesidad o no del acuerdo de otros Estados	84-85	39
Versiones presentadas	84	39
Comentario	85	39
2 Modo de designación de los magistrados	86-87	39
Versiones presentadas	86	39
Comentario	87	39
3 Atribución de competencia	88-89	39
Versiones presentadas	88	39
Comentario	89	40
4 El Ministerio público	90-91	40
Versiones presentadas	90	40
Comentario	91	40

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5 La instrucción	92	40
Texto propuesto	92	40
6 Autoridad de la cosa juzgada por una jurisdicción nacional	93-95	40
Versiones presentadas	93	40
Comentario	94-95	40
7 Autoridad de la cosa juzgada por el tribunal	96-97	40
Texto propuesto	96	40
Comentario	97	41
8 Desistimiento de las querellas	98-100	41
Versiones presentadas	98	41
Comentario	99-100	41
9 Penas	101-105	41
Versiones presentadas	101	41
Comentario	102-105	41
10 Disposiciones financieras	106-108	41
Versiones presentadas	106	41
Comentario	107-108	41

## Introducción

1. El presente informe, que es el octavo de la serie de informes presentados por el Relator Especial a la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se compone de tres partes.

2. La parte I se refiere a las «infracciones conexas» u «otras infracciones» —es decir, la complicidad, la conspiración y la tentativa— de las que el Relator Especial ya tuvo ocasión de ocuparse en su cuarto informe<sup>1</sup> y respecto de las cuales presenta proyectos de artículos acompañados de comentarios.

3. La parte II trata del tráfico internacional de estupefacientes, de conformidad con la petición formulada por la

Comisión en su 41.º período de sesiones de que el Relator Especial preparara un proyecto de disposición sobre la cuestión<sup>2</sup>. Habida cuenta de las opiniones expresadas por varios miembros de la Comisión<sup>3</sup>, el Relator Especial presenta dos proyectos de artículo, acompañados de comentarios, uno que tipifica al tráfico internacional de estupefacientes como crimen contra la paz, y el otro que lo tipifica como crimen contra la humanidad.

4. La parte III aborda, en forma preliminar, la cuestión del estatuto de un tribunal penal internacional, respecto del cual el Relator Especial propone a la Comisión diversas soluciones.

<sup>1</sup> *Anuario* 1986, vol II (primera parte), págs 55 y ss., documento A/CN.4/398, párrs 89 a 145

<sup>2</sup> *Anuario* 1989, vol II (segunda parte), pag 70, párr 210

<sup>3</sup> *Ibid*, párrs 205 a 209

## PARTE I.—LA COMPLICIDAD, LA CONSPIRACIÓN Y LA TENTATIVA

### A.—La complicidad

#### 1. PROYECTO DE ARTICULO 15

5. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 15:

#### *Artículo 15.—La complicidad*

**Constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad:**

**1. El hecho de cooperar como cómplice a la ejecución de cualquiera de los crímenes definidos en el presente código.**

**[2. A los efectos del presente código, se entiende por complicidad tanto los actos accesorios anteriores a la in-**

**fracción principal o simultáneos con ésta como los actos accesorios posteriores a ella.]**

#### 2. COMENTARIO

##### a) *Observaciones de orden metodológico*

6. Antes de examinar el proyecto de artículo 15, convenría solucionar primero una cuestión de orden metodológico. Algunos miembros de la Comisión sostuvieron que la noción de complicidad debía figurar en la parte del código en que se enuncian los principios generales y no en la parte que trata de los crímenes propiamente dichos. El Relator Especial no comparte esa opinión. No cabe duda de que en principio el cómplice incurre en la misma responsabilidad penal que el autor principal. Pero una cosa es la afirmación de ese principio y otra la definición del

crimen de complicidad. La complicidad, en cuanto crimen, debe figurar en la parte del código en que se definen las infracciones.

#### b) Párrafo 1

##### i) Actos de complicidad materiales e intelectuales

7. Los actos de complicidad pueden dividirse en dos categorías: actos materiales (ayuda, asistencia, facilitación de medios, donaciones, etc.) y actos de carácter intelectual o moral (consejos, instigación, provocación, órdenes, amenazas, etc.).

8. La ayuda, la asistencia, la facilitación de medios y las donaciones son hechos materiales precisos. Tratándose de esta categoría de actos, es relativamente sencillo distinguir entre el autor —aquel que ha causado la muerte, por ejemplo— y el cómplice —el que ha ayudado o asistido al autor o que le ha facilitado los medios para matar.

9. El problema se vuelve más complejo cuando se trata de actos de carácter intelectual. A veces resulta difícil determinar quién es el autor y quién el cómplice de entre aquel que ha inspirado un acto o lo ha provocado o ha dado la orden de realizarlo, y el que lo ha ejecutado. En algunos casos, los que han dado la orden de cometer un acto criminal o que lo han inspirado o provocado, han sido considerados ora como autores intelectuales, ora como autores indirectos o como cómplices. En otros casos, los que han dado la orden y los que la han ejecutado han sido considerados coautores. Todo depende de las circunstancias del hecho, del grado de participación de unos y otros, y de los ordenamientos jurídicos pertinentes.

10. Por esa razón, en algunas legislaciones hay casos en que se considera a los jefes cómplices de sus subordinados. Como ejemplo de lo anterior puede citarse la ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944 relativa a la represión de los crímenes de guerra (art. 4), que prevé que si un subordinado es procesado como autor principal de un crimen de guerra, los superiores jerárquicos que no puedan ser procesados como autores principales lo serán como cómplices, si han organizado o tolerado los actos criminales de sus subordinados. Hay disposiciones similares en la ley luxemburguesa de 2 de agosto de 1947 sobre la represión de los crímenes de guerra (art. 3); en la ley constitucional griega N.º 73 de 8 de octubre de 1945, relativa al enjuiciamiento y castigo de los criminales de guerra (art. 4) y la ley china de 24 de octubre de 1946 sobre los juicios de los criminales de guerra (art. 9).

11. La Corte Suprema de los Estados Unidos, al dictaminar sobre el asunto *Yamashita*<sup>4</sup>, consideró que podía haber complicidad como resultado del incumplimiento, de parte de un comandante del ejército, de su deber de controlar las operaciones de las fuerzas que estaban a su mando, a consecuencias de lo cual había habido en ese asunto una violación grave de las leyes y costumbres de la guerra.

<sup>4</sup> Véase *Law Reports of Trials of War Criminals* (colección de jurisprudencia en 15 volúmenes, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra), Londres, H M Stationery Office, 1947-1949, vol IV, pag 43, y *United States Reports*, Washington (D C), 1947, vol 327, pags 14 y 15

12. En el mismo sentido, se puede citar también el fallo del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente que hizo extensiva esa complicidad a los funcionarios del gobierno y a todos los agentes encargados del bienestar de las personas protegidas<sup>5</sup>. Igualmente, cabe citar el asunto *de los Rehenes* en que un tribunal militar estadounidense estableció una presunción de responsabilidad de un comandante de ejército por los actos cometidos por sus subordinados y «de los cuales tuvo o habría debido tener conocimiento»<sup>6</sup>.

13. De los ejemplos anteriores se desprende que no existe una distinción clara entre las nociones de autor, de coautor y de cómplice; su contenido varía según los distintos códigos penales. Es sin duda a causa de esa dificultad para establecer criterios precisos de distinción entre cómplices, autores y coautores, etc., que los estatutos de los tribunales militares internacionales han incluido en los mismos artículos y sin distinción a «los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices» (apartado final del art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional<sup>7</sup>); a «los jefes, organizadores, instigadores y cómplices» (apartado c del artículo 5 del estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente<sup>8</sup>), e incluso «al que ha sido cómplice en la ejecución de un crimen o que lo ha ordenado o favorecido o ha consentido en él» (párr. 2 del art. II de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado<sup>9</sup>). Esta breve enumeración ilustra la amplitud de la noción de complicidad y la variedad de su contenido, que se reflejan tanto en los actos de complicidad y sus tipificaciones como en la calidad de los actores.

##### ii) Los actos de complicidad y su tipificación

14. En lo que respecta a las distintas categorías de actos de complicidad, los códigos penales varían. Es así como ciertos códigos no sancionan los consejos (por ejemplo, el Código penal francés). Otros, por el contrario, consideran que el consejo de cometer un crimen es un acto de complicidad. Es así como el Código penal canadiense define el consejo como el hecho de incitar, instar o inducir a una persona a cometer una infracción (art. 22).

15. En otro orden de cosas, cabe observar que ciertas legislaciones no sancionan los actos negativos como la abstención o la inacción, o no lo hacen sino en casos muy excepcionales (por ejemplo, la ordenanza francesa de 28 de octubre de 1944 relativa a la represión de los criminales de guerra). En cambio, otras legislaciones sancionan la abstención, como por ejemplo el derecho alemán.

<sup>5</sup> Véase *Law Reports of Trials*, vol XV, pags 72 y 73

<sup>6</sup> Véase *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No 10* (Nuremberg, octubre de 1946 a abril de 1949) [serie en 15 volúmenes, denominada en adelante «American Military Tribunals», Washington (D C), U S Government Printing Office, 1949-1953], asunto N.º 7, vol XI, pag 1303

<sup>7</sup> Denominado en adelante «estatuto de Nuremberg», anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 82, pag 285)

<sup>8</sup> Véase *Documents on American Foreign Relations*, vol VIII (julio 1945-diciembre 1946), Princeton University Press, 1948, pags 354 y ss

<sup>9</sup> Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlín, N.º 3, 31 de enero de 1946)

16. Esa diversidad se manifiesta también en la tipificación misma del acto de complicidad. Un acto que en un ordenamiento jurídico se considera acto de complicidad, en otro es considerado una infracción distinta. Ejemplo típico de lo anterior es el encubrimiento.

17. A veces, dicha tipificación evoluciona con el tiempo dentro de un mismo sistema jurídico. Por ejemplo, en el Código penal francés que rigió de 1810 a 1915, la tipificación de la noción de encubrimiento era distinta de la que tiene en el Código que ha estado en vigor desde 1915 hasta la fecha. En el Código penal de 1810 el encubrimiento fue tipificado como acto de complicidad, en tanto que en el Código de 1915 se lo considera delito autónomo.

18. En general, cuando un acto de complicidad presenta ciertas características específicas o un grado determinado de gravedad, hay tendencia a apartarlo de la noción de complicidad y considerarlo una infracción diferente. El propio derecho internacional no escapa a esa regla. Así pues, con posterioridad a la jurisprudencia sobre el asunto *Yamashita*<sup>10</sup> y otros, el párr. 1 del artículo 86 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>11</sup> elevó a la categoría de delito autónomo a la complicidad del jefe militar. Esas tipificaciones diversas y sucesivas demuestran los matices que tiene el contenido de la noción de complicidad, así como su carácter evolutivo.

### iii) *Los actores*

19. Si se presta atención a los actores del drama, es decir, a los que desempeñan un papel en la complicidad, se comprueba igualmente la existencia de matices poco claros, de incertidumbre. Entre las nociones de autor, de coautor, de autor directo, de autor indirecto y de cómplice, el observador se pierde en conjeturas.

20. Cabe observar que ciertas legislaciones no definen el concepto de autor; es el caso del Código penal francés de 1810, el alemán de 1871, el finlandés de 1889, el noruego de 1902, el danés de 1930, el italiano de 1930, el polaco de 1932, el chino de 1937, el islandés de 1940, el griego de 1950, el yugoslavo de 1951 y el groenlandés de 1954.

21. En cambio, otros códigos penales sí lo definen; es el caso de los códigos belga de 1867 (art. 66), luxemburgués de 1879 (art. 66), holandés de 1881 (art. 47), portugués de 1886 (art. 20), filipino de 1932 (art. 17), cubano de 1936 (art. 28), egipcio de 1951 (art. 39), español de 1944 (art. 14), búlgaro de 1951 (art. 18), etíope de 1957 (art. 32), soviético de 1961 (art. 17), húngaro de 1961 (art. 13) y checoslovaco de 1961 (art. 9).

22. Esa incertidumbre de la definición se vuelve perplejidad si se intenta situar a los actores en una u otra categoría y determinar el papel preciso que juega cada uno de ellos. En su expresión más simple, la complicidad pone en juego dos actores: por una parte, el autor material del delito (ladrón, homicida, asesino, etc.), denominado autor principal, y por la otra, el que presta su concurso al primero (ayuda, asistencia, facilitación de medios, etc.), denominado cómplice. Pero este esquema rudimentario no

refleja la realidad compleja del fenómeno de la complicidad en el caso que se examina. Pueden presentarse situaciones, como ya se ha visto, en que es difícil determinar quién es el autor principal y quién el cómplice, sobre todo tratándose de actos intelectuales o morales (consejos, exhortaciones, órdenes, abusos de autoridad). En esas situaciones, la relación jerárquica que se establece a veces entre el autor material del acto y su superior hace muy poco concebible que el segundo sea cómplice del primero, en la medida en que se reconoce que el papel de cómplice es un papel secundario. Es por eso que algunas infracciones se separan a veces de la complicidad y reciben una calificación diferente. Es el caso, como ya se ha visto, del jefe militar a quien se considera responsable de los crímenes o delitos cometidos por sus subordinados.

23. Cabe observar igualmente que a veces es difícil establecer la existencia de órdenes o consejos, si éstos no se han dado por escrito. Además, con mucha frecuencia quienes han dado las órdenes no están presentes al momento de su ejecución; a veces, como ocurre con los dirigentes o los organizadores, no se informa a éstos de cada delito cometido para ejecutar el plan general que han concebido y que ha guiado la conducta de los ejecutores. Al estudiar el proyecto de artículo 16 sobre la conspiración (párr. 46 *infra*), se analizará más detalladamente este caso de participación. En las infracciones de que se trata, las figuras tradicionales en que se divide la dicotomía clásica —autor-cómplice, que es el esquema más simple— desaparecen ante la pluralidad de autores. Dicha clasificación dualista cede su lugar a la noción más amplia de participantes, que abarca tanto a los autores como a los cómplices. Cabe preguntarse a veces si no habría que calificar a todos los autores de participantes sin necesidad de determinar el papel preciso que desempeña cada uno de ellos.

24. Como se refleja en su jurisprudencia, los tribunales militares internacionales han rehusado a veces distinguir entre autores principales y cómplices. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de la zona británica consideró que tanto el acto de complicidad como el acto principal eran crímenes contra la humanidad y que, en consecuencia, la condena debía pronunciarse por crimen contra la humanidad y no por complicidad en un crimen contra la humanidad<sup>12</sup>. Los actos de que se trata —actos principales o accesorios— son todos actos de participación que no tienen ninguna relación de subordinación los unos con los otros. Son equivalentes en el plano de la responsabilidad, aun cuando ciertos elementos subjetivos, como la intención o el grado de conciencia, cuentan para la aplicación de la pena.

25. En este nivel de análisis, la distinción entre acto principal y acto accesorio desaparece completamente y ambas nociones se confunden en aquella más general de participación criminal, que las abarca a todas. Desaparece asimismo la distinción entre las nociones de autor principal y de cómplice, que ceden su lugar a la noción de participante, que se aplica al conjunto de autores de un crimen cometido en participación. Es éste el principio de asimilación de todos los participantes en el crimen.

<sup>10</sup> Véase nota 4 *supra*.

<sup>11</sup> Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, pág. 214).

<sup>12</sup> *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, Berlín, 1949, vol. 1, pág. 25; citado por H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n.º 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, pág. 373.

26. Por otra parte, la noción tradicional de complicidad en su concepto más amplio de participación criminal abarca también la de conspiración, y habría podido establecerse una sola y única disposición que englobara a ambas nociones bajo el título de participación criminal. Sin embargo, el Relator Especial ha preferido considerar en artículos diferentes la complicidad y la conspiración, sin dejar de tener presente que esas nociones cambian de contenido desde el momento en que se las traslada al derecho internacional, en razón del carácter masivo de los crímenes de que se trata y de la pluralidad de los actos y de los actores (cosa que hace difícil definir los papeles desempeñados por los diferentes actores).

27. La complejidad de la noción de complicidad se refleja asimismo en los vínculos de causalidad que existen entre el acto de complicidad y la comisión del delito principal. Es éste el problema de la anterioridad o de la posterioridad del acto de complicidad en relación con el delito, que se trata en el párrafo 2 del proyecto de artículo 15.

### c) Párrafo 2

28. El párrafo 2 se refiere a la cuestión de si el acto de complicidad se ha cometido con anterioridad o con posterioridad al acto principal. La noción de complicidad, ¿se limita solamente a los actos anteriores o concomitantes? ¿Puede abarcar igualmente a los actos cometidos con posterioridad al acto principal? También en este caso las soluciones varían según los distintos sistemas jurídicos.

29. En algunos sistemas jurídicos, los actos posteriores al acto principal constituyen infracciones autónomas, aun cuando estén vinculados a dicho acto. Es el caso del encubrimiento de personas o la ocultación de bienes, o de la negativa a efectuar una denuncia. Se dice generalmente que ese método es el de los sistemas jurídicos continentales, por oposición al *common law*. No se trata aquí de hacer un estudio de derecho comparado, sino simplemente de elegir ejemplos que ilustren la cuestión. Así, el Código penal canadiense<sup>13</sup> contiene, en el párr. 1 del art. 23, una disposición específica sobre el «cómplice con posterioridad al hecho», que prevé:

23. 1. Es cómplice con posterioridad al hecho quien, a sabiendas de que una persona ha participado en la infracción, recibe a dicha persona, la ayuda o le presta asistencia con miras a permitirle escapar.

30. Ese delito *post facto* se basa en la idea de que la participación no se limita únicamente a una infracción que ha de cometerse o que se está cometiendo, sino que dicho vínculo puede existir también respecto de una infracción ya cometida. No es, pues, absolutamente necesario que haya una relación de causalidad entre el acto del cómplice y la infracción.

31. Ese concepto, que actualmente se asocia demasiado estrechamente con el *common law*, se remonta al derecho romano, en el que se distinguían varias etapas en el *cursum plurium addelictum: antecedens, concomitans y subsequens*. Hemos observado que en 1810 el Código penal francés consideraba todavía que el encubrimiento era un delito de complicidad. Fue sólo más tarde que se consideró que la ocultación de cosas era un delito específico. Incluso hoy día el encubrimiento de malhechores (párr. 1

del art. 61) sigue considerándose un delito de complicidad.

32. En la actualidad ya no existen dos sistemas jurídicos diferentes, de los cuales uno considere como complicidad únicamente los actos de participación anteriores o concomitantes y el otro sancione también los actos posteriores. Más bien existe diversidad en esa esfera.

33. El derecho continental contemporáneo sanciona asimismo los actos de complicidad cometidos después del hecho principal. Es así como el Código penal de la República Democrática Alemana de 1975 dispone en el inciso 3 del párr. 2 del artículo 22 que «es penalmente responsable de una infracción el que presta [...] al autor, después de la ejecución del acto, la ayuda prometida con anterioridad (asistencia)». La jurisprudencia francesa considera que hay complicidad cuando la ayuda o la asistencia posteriores al delito se prestan como resultado de un acuerdo anterior<sup>14</sup>. El Código penal de la República Federal de Alemania, en el párr. 1 del artículo 257, persigue por complicidad «a quien ayude a una persona que ha cometido un acto ilícito con intención de que ésta se aproveche de los efectos del delito», y, en el párr. 1 del artículo 258, «al que, intencionalmente o a sabiendas impide total o parcialmente que un tercero sea sancionado por un acto ilícito». El derecho penal soviético tiene en cuenta una forma de complicidad posterior al acto principal. Según Igor Andrejew, dicho concepto se basa en la noción de «contacto», es decir, de un vínculo directo entre el acto posterior y la infracción cometida con anterioridad<sup>15</sup>.

34. En lo que se refiere al derecho penal internacional, conviene recordar que la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales también ha reconocido ese concepto ampliado de participación criminal. En el asunto *Funk*, el acusado, en su calidad de Ministro de Economía Nacional y de Presidente del Reichsbank, había firmado un acuerdo en virtud del cual las SS entregarían a la entidad bancaria el oro y los valores de propiedad de los judíos exterminados, especialmente el oro procedente de anteojos y dentaduras postizas. El Tribunal de Nuremberg estimó que había habido, de su parte, un consentimiento expreso o tácito en los actos de ocultación de bienes adquiridos en forma indebida con posterioridad a la muerte de sus propietarios. Según el Tribunal: «Funk afirmó no haber tenido conocimiento alguno de esos depósitos». El Tribunal estimó, sin embargo, «que obviamente había tenido conocimiento de lo que recibía el Reichsbank, o bien que cerraba los ojos deliberadamente ante lo que estaba sucediendo»<sup>16</sup>.

35. Los ejemplos anteriores demuestran que éste es un terreno en que toda tentativa de clasificación resulta aventurada. Indudablemente, sería preferible llegar a una simplificación en la materia, en un sentido o en otro.

<sup>14</sup> Fallo de 30 de abril de 1963 de la Sala en lo penal de la Corte de Casación (*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*, París, N.º 157).

<sup>15</sup> I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des pays socialistes*, París, Pédone, 1981, págs. 61 y ss.

<sup>16</sup> Véase *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg* (Nuremberg, 14 de noviembre de 1945-1.º de octubre de 1946) [texto oficial en francés, 42 tomos], Nuremberg, 1947-1949, tomo I, pág. 326; citado en Meyrowitz, *op. cit.* (véase nota 12 *supra*), pág. 377.

<sup>13</sup> Véase *Status révisés du Canada 1970*, Ottawa, vol. II, pág. 1505.

36. La resolución sobre la cuestión de la orientación moderna de los conceptos de autor de la infracción y de participación en la infracción, aprobada en el Séptimo Congreso internacional de derecho penal, celebrado en Atenas en 1957, disponía que: «Los actos de ayuda posterior que no se derivan de un concierto previo de voluntades, especialmente el encubrimiento, deberían ser sancionados como delitos especiales». (Secc. B.5.)<sup>17</sup>.

37. Desde luego, en la doctrina existe una tendencia a separar la participación *post factum* de la complicidad. No obstante, a pesar de esa tendencia, es preciso reconocer que aún no existe uniformidad en esa materia en la legislación penal, sino que, por el contrario, una gran diversidad. Como el Relator Especial no puede proponer una regla única sin negar la coexistencia de las dos tendencias, ha estimado preferible proponer un texto en que se tenga en cuenta dicha coexistencia. Ese es el objeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 15, que figura entre corchetes.

#### d) Conclusión

38. Estos comentarios llevan a la conclusión de que la complicidad es, en el derecho penal internacional, un concepto amplio, ya sea debido a la enorme cantidad y a la diversidad de actos y de actores que intervienen en la participación criminal, ya sea debido a su ámbito de aplicación en el tiempo, la que puede abarcar actos anteriores y actos posteriores a la infracción principal. Recurriendo a un lenguaje teatral, puede decirse que la complicidad es, dentro de los crímenes estudiados en el presente trabajo, una obra de gran riqueza y de gran intensidad dramática.

### B.—La conspiración

#### 1. PROYECTO DE ARTÍCULO 16

39. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 16:

#### *Artículo 16.—La conspiración*

**Constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad:**

**1. El hecho de participar en un plan concertado o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes definidos en el presente código.**

**2. (PRIMERA VARIANTE.) Todo crimen cometido en ejecución del plan concertado a que se refiere el párrafo 1 da lugar no sólo a la responsabilidad penal de su autor, sino también a la de toda persona que haya ordenado, provocado u organizado ese plan o que haya participado en su ejecución.**

**2. (SEGUNDA VARIANTE.) Todo participante será castigado según su propia participación, sin tener en cuenta la de los demás.**

<sup>17</sup> Véase *Actes du septième Congrès international de droit pénal* (Atenas, 26 de septiembre a 2 de octubre de 1957), *Compte-rendu des discussions*, Atenas, 1961, pág. 349.

## 2. COMENTARIO

### a) Párrafo 1

40. El párrafo 1 sanciona la conspiración, es decir, la participación en un plan concertado para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

41. La conspiración entraña dos fases. La primera fase es la del acuerdo, es decir, un concierto de voluntades, un convenio entre dos o más personas para cometer un crimen. La segunda fase corresponde a los actos materiales encaminados a la ejecución del crimen proyectado.

42. El párrafo 1 se refiere al acuerdo. Si en el presente proyecto de código se sanciona el acuerdo como infracción separada, independientemente de cualquier acto material, es por motivos de disuasión. El propósito es evitar que una persona intente quedar eximida de culpa sosteniendo que no ha participado en el acto material de ejecución del plan proyectado.

43. El solo acuerdo para la elaboración de un plan criminal es, en sí, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta tipificación no es privativa de los crímenes que aquí se examinan. En muchos ordenamientos jurídicos, el acuerdo criminal es, en sí, un crimen, aunque no vaya seguido de un acto material.

### b) Párrafo 2

#### i) Primera variante

44. El párrafo 2 se refiere a la segunda fase de la conspiración, es decir, a la ejecución del plan concertado. Combina los conceptos de responsabilidad individual y de responsabilidad colectiva: cada acto de cualquiera de los participantes que tenga por objeto poner en práctica el plan concertado, entraña, al mismo tiempo que la responsabilidad penal de su autor, la de todos los participantes en la conspiración.

45. Esta doble responsabilidad penal de los participantes, prevista en el último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg, fue objeto de importantes reservas de parte de ciertos miembros del Tribunal de Nuremberg, que estimaban inaceptable hacer responsable a un individuo de crímenes que no había cometido personalmente. Otros miembros, por el contrario, eran partidarios de una aplicación estricta del último apartado del artículo 6 del estatuto, sobre la base de una concepción de la teoría de la *conspiracy* presentada por el Fiscal General Jackson<sup>18</sup>. Según este último, la *conspiracy* implica una doble responsabilidad, individual y colectiva. En un plan concertado, cada uno es responsable no sólo de los actos que haya cometido personalmente para la ejecución del plan, sino también de todos los cometidos por cualquier otra persona que haya participado en él, aun cuando no se haya estado presente en el momento en que fueron cometidos ni se haya estado informado de su perpetración.

46. La disposición contenida en el último apartado del artículo 6 se explica por la aparición de una nueva cate-

<sup>18</sup> Véase, a este respecto, el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/398 (nota 1 *supra*), párr. 123.

goría de participantes, hasta entonces poco conocida: la de organizadores. Por organizador se entiende, en este caso, aquel que ha concebido, organizado o dirigido el crimen. Esta forma de participación es, sin duda, la más peligrosa en la actualidad. Los dirigentes u organizadores no siempre aparecen. Sólo dan órdenes, conciben un plan, pero se mantienen alejados del lugar de los hechos. Al no estar presentes en el momento de la ejecución del plan, no tienen conocimiento de cada infracción cometida por los ejecutores, tanto más cuanto que dichas infracciones son numerosas, diversas y se cometen en gran escala. Es el caso de los grandes criminales de guerra, y es la razón por la que, según el estatuto de Nuremberg, éstos debían responder no solamente de la concepción y la organización de la actividad criminal, sino también de cada uno de los crímenes individuales cometidos para la ejecución del plan que habían elaborado.

47. Esa responsabilidad particular de los organizadores ha sido puesta de relieve por el jurista soviético A. N. Trainine, que fue miembro de la delegación soviética a la Conferencia de Londres de 1945. En su estudio, publicado en Moscú en 1944<sup>19</sup>, Trainine distingue dos categorías de responsables: los autores directos del crimen y los autores indirectos, entre ellos los gobernantes, los miembros del comando militar, los dirigentes financieros y económicos, que no son otros que los organizadores. Aun cuando les corresponde la mayor responsabilidad, habrían escapado a todo castigo si se hubiera perseguido únicamente a los autores directos de los crímenes de los cuales eran organizadores. El último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg se inspira en esa idea, pero fue el Fiscal General Jackson quien, a nivel del Tribunal, la asoció a la teoría de la *conspiracy* y le dio el doble contenido de una responsabilidad individual y una responsabilidad colectiva.

48. Cabe observar que *complot* y *conspiracy* son expresiones sinónimas en el estatuto de Nuremberg y se traducen la una por la otra en las versiones en inglés y francés de dicho estatuto.

49. La solución elegida por el Tribunal de Nuremberg consistía en limitar la aplicación de la *conspiracy* únicamente a los crímenes contra la paz. El Tribunal consideró, en efecto, que los crímenes contra la paz previstos en el apartado a del artículo 6 de su estatuto, es decir, «la dirección, la preparación, el desencadenamiento o la prosecución de una guerra de agresión, de una guerra que viole los tratados, las seguridades o los acuerdos internacionales», no podían sino ser obra de gobernantes vinculados entre ellos por una responsabilidad colectiva.

50. Contrariamente al Tribunal de Nuremberg, la Comisión, en su proyecto de código de 1954<sup>20</sup>, amplió la noción de *conspiracy* al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En efecto, en el inciso 1) del párrafo 13 del artículo 2 de ese proyecto se establece la «conspiración para cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo», lo que representa una ampliación considerable.

<sup>19</sup> Traducción francesa A. N. Trainine, *La responsabilité penale des hitleriens*, Paris, O. Zeluck, 1947

<sup>20</sup> Aprobado por la Comisión en su sexto periodo de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General noveno periodo de sesiones Suplemento N° 9 (A/2693), págs 11 y 12, párr 54] texto reproducido en *Anuario* 1985, vol II (segunda parte) pag 8, párr 18

51. Tradicionalmente, en un buen número de ordenamientos jurídicos la noción de conspiración se aplica más bien a los crímenes contra el Estado. Es el Estado el afectado, sea en sus instituciones, o en su integridad territorial, o en su seguridad.

52. En el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, este concepto parece demasiado restringido. En efecto, el Estado no es la única entidad objeto de tales crímenes. Además del Estado, existen otras entidades, cuya violación constituye un crimen contra la humanidad. Se trata especialmente de entidades étnicas, religiosas y culturales. El genocidio y el *apartheid*, por ejemplo, no están dirigidos contra un Estado sino contra entidades étnicas. Por lo demás, la noción de conspiración o de *conspiracy* fue introducida en los convenios sobre el genocidio y el *apartheid*.

53. Cabe observar, por otra parte, que la interpretación limitativa del Tribunal de Nuremberg no fue seguida uniformemente por todos los tribunales militares. La noción de responsabilidad colectiva fue aplicada en el asunto *Pohl*, por ejemplo, que no constituía un crimen contra la paz. En su fallo, el Tribunal militar estadounidense dictaminó que:

El hecho de que Pohl no haya transportado personalmente al Reich los bienes robados ni arrancado los dientes a los muertos en los campos de concentración no lo exime de responsabilidad. Se trataba de un vasto programa criminal, que exigía la colaboración de muchas personas, y el papel de Pohl consistía en asegurar la vigilancia y la contabilidad del botín. Conociendo los fines ilícitos de la acción y los crímenes que la acompañaban, su participación activa, aun en las fases posteriores de la acción, lo convierte en particeps criminis en todos los aspectos del asunto\*<sup>21</sup>

54. En la actualidad, la creciente necesidad de hacer frente a la escalada cada vez mayor de la criminalidad colectiva y a los nuevos problemas que plantea exige soluciones jurídicas mejor adaptadas a las necesidades de la represión. Es así como poco a poco se atenúa el conflicto entre los partidarios de una responsabilidad individual y los de una responsabilidad colectiva.

55. Los grandes crímenes ya no pueden ser ahora obra de individuos aislados. Quienes cometen o favorecen la comisión de los crímenes aquí previstos son particulares organizados en asociaciones o en grupos para multiplicar sus medios de acción y, a veces también, agentes que ocupan un alto nivel en la jerarquía política, administrativa o militar. A esta nueva dimensión de la criminalidad, el derecho responde con un nuevo concepto de responsabilidad penal que toma, en esos casos, una forma colectiva, ya que es cada vez más difícil determinar el papel desempeñado por cada uno de los participantes en un crimen colectivo.

56. Era sobre todo la dualidad de responsabilidades que entrañaba la noción de *conspiracy* lo que había provocado las reservas de ciertos miembros del Tribunal de Nuremberg. Para Henri Donnedieu de Vabres, que fue el miembro francés del Tribunal, se trataba de una «construcción interesante pero un poco novelesca»<sup>22</sup>. La opinión del eminente jurista tal vez hubiera cambiado hoy día.

57. Al estudiar el fenómeno de la criminalidad colectiva, Roger Merle y André Vitu observan que:

<sup>21</sup> American Military Tribunals (vease nota 6 *supra*), asunto N° 4, vol V, pag 989

<sup>22</sup> H. Donnedieu de Vabres, *Le proces de Nuremberg*, cours de docteur, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, pag 254

Los problemas jurídicos a que dan lugar esas infracciones colectivas ya no se plantean en la misma perspectiva criminológica que en la época de Napoleón, y su solución tiene naturalmente tendencia a evolucionar. Entre las dos grandes variantes en que se piensa de inmediato, es decir, la responsabilidad individual de cada uno de los miembros del grupo en función de la participación que le ha cabido en la acción, o la responsabilidad colectiva de todos los participantes, los penalistas clásicos se inclinaban evidentemente por la primera, que es, aparentemente, la única compatible con el principio de la individualización de la pena, y rechazaban la segunda, de la cual las legislaciones antiguas han dado demasiados ejemplos lamentables. Pero esa loable posición de principio no resistió mucho tiempo a la presión de la lógica de los hechos. [...] Junto con caracterizarse por la misma adhesión al principio de la responsabilidad penal personal, los penalistas contemporáneos parecen, en efecto, más propensos que sus antecesores a caer en la tentación de extraer consecuencias más amplias del carácter colectivo de la infracción<sup>23</sup>.

58. Algunos autores, al estudiar la influencia de leyes especiales sobre el derecho penal en general, han llegado a la conclusión de que el «derecho penal, que tradicionalmente ha sido subjetivo, está entrando cada vez más en la vía del anonimato, el riesgo y la objetivización»<sup>24</sup>. Es un hecho que, para responder a situaciones nuevas vinculadas a la evolución de la criminología, hay un número cada vez mayor de leyes especiales que responden a la necesidad de represión y que se apartan de los principios de la responsabilidad penal tradicional.

59. Por lo demás, ciertos códigos consagran en la actualidad el principio de la responsabilidad colectiva. El artículo 23 del Código penal yugoslavo dispone que: «Todo aquel que, con el fin de cometer delitos, haya formado o utilizado una organización, una banda, una conspiración, un grupo o cualquier otra asociación, será castigado por todos los actos delictivos que se hayan derivado de los planes criminales de tales asociaciones, como si los hubiese cometido personalmente».

## ii) Segunda variante

60. La segunda variante del párrafo 2 se basa en el principio de la responsabilidad individual. En algunos códigos penales se encuentran ejemplos de este tipo de responsabilidad. El artículo 29 del Código penal de la República Federal de Alemania dispone que «todo participante será castigado según su culpabilidad, con prescindencia de la culpabilidad de los demás».

61. El Código penal de la República Democrática Alemana va más lejos, e introduce numerosos matices adicionales en el párrafo 3 de su artículo 22. En efecto, según esta disposición, la responsabilidad penal se evalúa en función de la gravedad del acto en su conjunto, de la forma y la manera en que se ha realizado la acción común de los participantes, de la importancia y de los efectos de la contribución al acto, de los móviles, y de la medida en que ha entrañado la participación de otras personas. Esta disposición, que es muy detallada, constituye un intento de determinar la exacta medida de la responsabilidad individual, pero cabe preguntarse si es verdaderamente aplicable al tipo de crímenes que se estudia en el presente informe, y si se adapta a la criminología moderna y a las necesidades de la represión de las infracciones de que se trata.

<sup>23</sup> R. Merle y A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 6.ª ed., París, Cujas, 1988, tomo I, págs. 644 y 645.

<sup>24</sup> R. Legros, «L'influence des lois particulières sur le droit pénal général», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, tomo 23, 1968, pág. 234.

## c) Conclusión

62. Cabe observar que las nociones de complicidad y de conspiración, aunque están separadas, son muy próximas y a veces se superponen. La conspiración implica cierta complicidad entre sus miembros, que se apoyan, se ayudan y se alientan mutuamente. La complicidad, al igual que la conspiración, implica un acuerdo y un concierto de voluntades. Es por ello que ambas nociones concurren con frecuencia en un mismo fenómeno, que es la criminalidad de grupo, y por ese motivo el artículo 6 del estatuto de Nuremberg confunde en un mismo texto a los organizadores y a los cómplices desde el momento en que los cómplices han participado en un plan concertado.

## C.—La tentativa

### 1. PROYECTO DE ARTÍCULO 17

63. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 17:

#### *Artículo 17.—La tentativa*

**Constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad:**

**La tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.**

### 2. COMENTARIO

64. Cabe observar que la noción de tentativa no figura en los estatutos de los tribunales militares internacionales y, en esas condiciones, es comprensible que tampoco figure en los principios de derecho internacional consagrados por el estatuto y el fallo del Tribunal de Nuremberg elaborados por la Comisión en 1950<sup>25</sup>. En cambio, dicha noción figura en el inciso iv) del párrafo 13 del artículo 2 del proyecto de código de 1954, pero no aparece definida allí.

65. Generalmente se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no habría dejado de producir efectos ni habría quedado suspendido sino en razón de circunstancias independientes de la voluntad de su autor. La noción de tentativa ha sido y sigue siendo objeto de interesantes debates en el plano doctrinario<sup>26</sup>.

66. La noción de tentativa, en el ámbito que se examina, sólo puede tener una aplicación limitada debido a la naturaleza de los crímenes que aquí se analizan. Por ejemplo, ¿en qué se manifiesta una tentativa de agresión? ¿En qué momento puede decirse que hay un comienzo de la ejecución de una agresión? ¿Puede establecerse una línea divisoria entre el comienzo de la ejecución de una agre-

<sup>25</sup> Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

<sup>26</sup> Véase el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/398 (nota 1 *supra*), párrs. 142 a 145.

sión y la agresión propiamente dicha? Si se considera el crimen de amenaza de agresión, la perplejidad aumenta: ¿puede hablarse de tentativa de amenaza de agresión? ¿Puede hablarse de tentativa de preparación de la agresión o de tentativa de violación de un tratado? ¿Puede hablarse de tentativa de *apartheid* o de tentativa de genocidio?

67. Sin embargo, no debe descartarse la noción de tentativa, pues la mayor parte de los crímenes contra la humanidad (genocidio, *apartheid*, etc.) están constituidos por una serie de actos criminales precisos (homicidios, asesinatos, etc.) y en esos casos la tentativa es perfectamente concebible.

## PARTE II.—TRÁFICO ILÍCITO E INTERNACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

### A.—El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz

#### 1. PROYECTO DE ARTÍCULO X\*

68. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo X:

**Artículo X.—El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz**

Constituye un crimen contra la paz:

1. El hecho de practicar el tráfico ilícito de estupefacientes.

2. Se entiende por tráfico ilícito de estupefacientes todo tráfico organizado con vistas a la producción, la fabricación, la extracción, la oferta, la puesta en venta, la distribución para la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o de cualquier sustancia sicotrópica en contravención de las disposiciones de los convenios en vigor.

#### 2. COMENTARIO

##### a) Párrafo 1

69. El párrafo 1 considera el tráfico de estupefacientes como crimen contra la paz. Ello excluye, naturalmente, al tráfico de estupefacientes realizado por individuos aislados que son castigados por las leyes nacionales del país en que se produce. En el caso del presente proyecto de artículo, se trata del tráfico organizado en gran escala por asociaciones o agrupaciones privadas o por agentes de los poderes públicos, en calidad de autores o cómplices del tráfico.

70. Dicho tráfico puede dar origen a una cadena de conflictos, especialmente entre el Estado productor o expedidor, el Estado de tránsito, el Estado de destino, etc. La paz se ve todavía más amenazada cuando las agrupaciones organizadas se infiltran en los gobiernos de tal manera que el propio Estado se convierte en cierta forma en autor del hecho ilícito internacional.

##### b) Párrafo 2

71. El párrafo 2 se refiere a las sustancias cuyo tráfico se considera ilícito. Parece innecesario enumerar dichas sustancias en el proyecto, ya que figuran en los instrumentos internacionales vigentes, principalmente en la Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de Ginebra de 1972 de modificación de la Convención única<sup>27</sup> y en el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971<sup>28</sup>.

##### c) Relaciones entre el proyecto de código y los convenios en vigor

72. Al elevar al tráfico de estupefacientes a la calidad de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, el código responde a las exigencias de la comunidad internacional que considera cada vez más a este fenómeno como uno de los más grandes flagelos de la humanidad.

73. La Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, de 1936<sup>29</sup>, imponía ya a los Estados contratantes, en su artículo 2, la obligación de castigar severamente y, en particular, con penas de prisión u otras penas privativas de la libertad al tráfico ilícito de estupefacientes, la asociación, el acuerdo, la tentativa y los actos preparatorios correspondientes. Esas disposiciones han sido reproducidas en la Convención única de 1961 sobre estupefacientes.

74. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada el 19 de diciembre de 1988<sup>30</sup>, dispone, en el artículo 3 (Delitos y sanciones), que las partes contratantes adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos penales las infracciones previstas en el párrafo 1 del mismo artículo. En especial, las partes deben procurar que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que confieran particular gravedad a esos delitos, tales como la participación del autor del delito en otras actividades delictivas internacionales organizadas; la participación del autor en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del autor; el hecho de que el autor del delito ocupe un cargo público, y

<sup>27</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 976, pág. 259.

<sup>28</sup> *Ibid.*, vol. 1019, pág. 230.

<sup>29</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXCVIII, pág. 299.

<sup>30</sup> E/CONF.82/15 y Corr. 1.

\* Corresponderá a la Comisión determinar el lugar que ocupará este artículo en la parte del proyecto dedicada a los crímenes contra la paz.

de que el delito guarde relación con ese cargo (apartados *b* a *e* del párr. 5 del art. 3). Todas las circunstancias agravantes previstas en la Convención tienden a dar al delito un carácter penal cada vez más acentuado, por lo que su gravedad exige que se trate de crímenes previstos en el proyecto de código.

## B.—El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la humanidad

### 1. PROYECTO DE ARTICULO Y\*

75. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo Y:

\* Corresponderá a la Comisión determinar el lugar que ocupará este artículo en la parte del proyecto dedicada a los crímenes contra la humanidad

## PARTE III.—ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

### A.—Observaciones introductorias

77. Esta parte del informe corresponde al enfoque adoptado por la Comisión en el proyecto de artículo 4, relativo a la obligación de juzgar o de conceder la extradición, aprobado en primera lectura. En el párrafo 3 de ese artículo se dice que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional. Además, la Comisión señala en el comentario correspondiente (párr. 5) que el párrafo 3 del artículo 4 se refiere al posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional y pone de relieve el hecho de que la solución jurisdiccional adoptada en este artículo no impediría a la Comisión dedicarse, llegado el momento, a la elaboración del estatuto de un tribunal penal internacional<sup>31</sup>.

78. Además, esta parte III es consecuencia del párrafo 2 de las resoluciones 43/164 y 44/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988 y 4 de diciembre de 1989, respectivamente, relativas al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Con arreglo al párrafo 2 de esas resoluciones, la Asamblea General observa el enfoque previsto actualmente por la Comisión respecto de la autoridad judicial que se habrá de asignar para la aplicación de las disposiciones del proyecto de código, y alienta a la Comisión a seguir explorando todas las posibles opciones en relación con esa cuestión.

79. Esta parte III, que tiene carácter preliminar, está concebida más bien como un «informe-cuestionario». Tiene por objeto presentar a la Comisión una opción entre diferentes soluciones posibles y obtener respuestas. Esa opción se refiere principalmente a los siguientes puntos:

#### 1) Competencia del tribunal:

### Artículo Y.—El tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la humanidad

#### Constituye un crimen contra la humanidad:

Todo tráfico ilícito de estupefacientes realizado en las condiciones establecidas en el artículo X del presente código.

### 2. COMENTARIO

76. Si bien constituye un peligro para la paz, el tráfico de estupefacientes constituye también y sobre todo un peligro para la humanidad. Es el ser humano que se encuentra amenazado de ruina. Por consiguiente, la doble tipificación del tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz y, además, como crimen contra la humanidad se justifica plenamente.

- a) ¿Competencia limitada a los crímenes tipificados en el código o competencia respecto a todos los delitos internacionales?
- b) Necesidad o no del acuerdo de otros Estados.
- 2) Modo de designación de los magistrados.
- 3) Atribución de competencia.
- 4) El Ministerio público.
- 5) La instrucción.
- 6) Autoridad de la cosa juzgada por una jurisdicción nacional.
- 7) Autoridad de la cosa juzgada por el tribunal.
- 8) Desistimiento de las querellas.
- 9) Penas.
- 10) Disposiciones financieras.

### B.—Estatuto del tribunal penal internacional

#### 1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

- a) ¿Competencia limitada a los crímenes tipificados en el código o competencia respecto a todos los delitos internacionales?

#### Versiones presentadas

80. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

#### VERSION A

Se establece un tribunal penal internacional encargado de juzgar a las personas físicas acusadas de crímenes previstos en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

<sup>31</sup> El artículo 4 y el comentario correspondiente, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 40.º periodo de sesiones, figuran en *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 73 y 74

## VERSIÓN B

Se establece un tribunal penal internacional encargado de juzgar a las personas físicas acusadas de crímenes previstos en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de otras infracciones definidas como crímenes por los demás instrumentos internacionales en vigor.

*Comentario*

81. Se trata de saber si la jurisdicción penal internacional conocerá solamente de los crímenes previstos en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, o si tendrá que conocer también de otros crímenes internacionales no previstos en el código. Se sabe que el código no abarca todos los crímenes internacionales. Algunos de ellos, como la difusión de noticias falsas o de noticias deformadas o de documentos falsos, con la intención de perjudicar las relaciones internacionales; la ofensa a un Estado extranjero, la emisión de moneda falsa realizada por un Estado en perjuicio de otro, el robo de tesoros nacionales o arqueológicos, la destrucción de cables submarinos, el tráfico internacional de publicaciones obscenas, no están previstos en el código.

82. Dado que la noción de crimen internacional es más amplia que la de crimen contra la paz y seguridad de la humanidad, pues abarca un campo más amplio, que comprende, además de los crímenes definidos en el código, todos los demás crímenes internacionales, se trata de saber si la competencia del tribunal se limitará sólo a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, o bien si el tribunal conocerá de todos los crímenes internacionales.

83. Parece preferible dar al tribunal la competencia más amplia que sea posible, ya que, en caso contrario, habría que constituir dos jurisdicciones penales, lo que sería una fuente de complicaciones.

b) *Necesidad o no del acuerdo de otros Estados**Versiones presentadas*

84. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**Ninguna persona podrá ser encausada por el tribunal a menos que le haya atribuido competencia el Estado donde se haya cometido el crimen, el Estado de que sea nacional esa persona o el Estado contra el que se haya dirigido el crimen o cuyos nacionales hayan sido víctimas de él.**

## VERSIÓN B

**Todo Estado podrá presentar al tribunal una querrela contra una persona cuando el crimen que se le impute haya sido cometido en ese Estado o se haya dirigido contra ese Estado, o cuando las víctimas sean nacionales de ese Estado. En caso de desacuerdo sobre la competencia del tribunal entre los Estados anteriormente mencionados, el tribunal decidirá.**

*Comentario*

85. La versión A se inspira en el artículo 27 del proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional, preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953)<sup>32</sup>, pero cabe preguntarse si es apropiada. En el plano jurídico, nada prohíbe a un Estado castigar crímenes contra su propia seguridad, aunque esos crímenes sean cometidos en el extranjero y por extranjeros. Además, esta solución llevaría, en la inmensa mayoría de los casos, a solicitar el consentimiento de los gobiernos culpables de haber ordenado o tolerado actos criminales.

## 2. MODO DE DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS

*Versiones presentadas*

86. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**Los magistrados serán elegidos, por mayoría absoluta de los electores presentes y votantes, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas.**

## VERSIÓN B

**Los magistrados serán elegidos, por mayoría absoluta de los Estados presentes y votantes, por los representantes de los Estados partes en el estatuto del tribunal.**

*Comentario*

87. La versión B se inspira en el artículo 11 del proyecto de estatuto revisado, redactado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953)<sup>33</sup>. Sin embargo, el colegio electoral restringido previsto en esa disposición no parece corresponder al carácter de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que afectan a toda la comunidad internacional. Cabe señalar igualmente la contradicción existente en el artículo 11, que confía la elección a un órgano restringido y, al mismo tiempo, encomienda al Secretario General de las Naciones Unidas la tarea de convocar a las reuniones para esa elección.

## 3. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA

*Versiones presentadas*

88. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**Todo Estado Miembro de las Naciones Unidas podrá atribuir competencia al tribunal.**

<sup>32</sup> Véase el informe de dicha Comisión en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)*, anexo.

<sup>33</sup> *Ibid.*

## VERSIÓN B

Todo Estado parte en el presente estatuto podrá atribuir competencia al tribunal.

## VERSIÓN C

Todo Estado Miembro de las Naciones Unidas podrá atribuir competencia al tribunal, a reserva del acuerdo del órgano de las Naciones Unidas especificado en el estatuto del tribunal.

*Comentario*

89. El órgano previsto en la versión C, ¿debe ser la Asamblea General o el Consejo de Seguridad? Algunos piensan que debería ser la Asamblea General, pues el abuso del derecho de veto por el Consejo de Seguridad podría paralizar al tribunal. Por el contrario, la Asamblea General, por mayoría absoluta de votos o por mayoría calificada de los dos tercios, podría ofrecer una garantía contra las querellas abusivas, al igual que contra el abuso del derecho de veto.

## 4. EL MINISTERIO PÚBLICO

*Versiones presentadas*

90. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

El Ministerio público será ejercido por un jurisconsulto nombrado por el querellante. El Ministerio público presentará el escrito de acusación y, si se remite el caso a la sala plenaria del tribunal, se encargará de mantener la acusación.

## VERSIÓN B

Un fiscal general ante el tribunal penal asumirá, si se remite el caso a la sala plenaria del tribunal, la tarea de mantener la acusación.

*Comentario*

91. La versión A corresponde al artículo 34 del proyecto de estatuto revisado, redactado por la Comisión (1953)<sup>34</sup>. Esta solución es sencilla, pero no distingue suficientemente los intereses de un Estado de los de la comunidad internacional. El Ministerio público exige una especialización y una competencia profesional de que no dispondrá, necesariamente, la persona designada para un caso determinado con objeto de defender los intereses de un Estado. Hay peligro de confusión entre el fiscal y el agente de un Estado.

## 5. LA INSTRUCCIÓN

*Texto propuesto*

92. El Relator Especial propone el texto siguiente:

1. La instrucción será encomendada a una sala de instrucción compuesta del número de magistrados fijado en el estatuto del tribunal. Los miembros de esa sala serán designados para un período igual al mandato del tribunal. Los magistrados salientes no serán reelegibles inmediatamente.

2. La sala de instrucción podrá ordenar las medidas de instrucción o de garantía que considere necesarias, en particular, la comparecencia de testigos y la expedición de citaciones, de órdenes de depósito, de órdenes de detención, de comisiones de encuesta, de comisiones rogatorias y de solicitudes de extradición, y podrá pedir, si procede, la cooperación de los Estados.

## 6. AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA POR UNA JURISDICCIÓN NACIONAL

*Versiones presentadas*

93. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

El tribunal no podrá conocer de un asunto penal que haya sido objeto de un fallo penal definitivo pronunciado por el tribunal de un Estado.

## VERSIÓN B

El tribunal podrá conocer de un asunto ya juzgado por la jurisdicción de un Estado cuando el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o contra el cual se haya cometido el crimen, o aquel cuyos nacionales hayan sido víctimas del crimen tenga razones para considerar que el fallo pronunciado por el primer Estado no corresponde a una apreciación correcta del derecho o de los hechos.

*Comentario*

94. La versión A es la aplicación estricta de la regla *non bis in idem*.

95. Sin embargo, parece que ese principio podría entrañar inconvenientes. Se ha considerado conveniente evitar el retorno a ciertos precedentes en los que los acusados pudieron beneficiarse de cierta complacencia. Esa es la razón de ser de la versión B.

## 7. AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA POR EL TRIBUNAL

*Texto propuesto*

96. El Relator Especial propone el texto siguiente:

Ningún tribunal de un Estado parte en el presente estatuto podrá conocer de un asunto para el que ya se haya atribuido competencia al tribunal.

<sup>34</sup> *Ibid*

*Comentario*

97. Esta solución es la más sencilla y la más clara. Evita conflictos de competencia entre el tribunal internacional y las jurisdicciones nacionales, al tiempo que refuerza la autoridad del tribunal.

## 8. DESISTIMIENTO DE LAS QUERELLAS

*Versiones presentadas*

98. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**El desistimiento de una querrela entraña, *ipso facto*, el sobreseimiento de la causa, a menos que otro Estado capacitado para incoar procedimientos penales ante el tribunal mantenga la querrela.**

## VERSIÓN B

**El desistimiento de la querrela no entraña, *ipso facto*, el sobreseimiento de la causa. Esta continuará hasta que se expida un auto de sobreseimiento o se pronuncie un fallo condenatorio o absolutorio.**

*Comentario*

99. La versión A opta por el principio del sobreseimiento, salvo oposición de otros Estados que estén facultados para intervenir ante el tribunal con cualquier título, en particular, como querellante o como parte civil.

100. La versión B se basa en el principio de que el enjuiciamiento por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no debería interrumpirse debido simplemente a la voluntad de los Estados directamente interesados. Esos crímenes afectan a toda la comunidad internacional. Es de temer que negociaciones o arreglos vengán a interrumpir el enjuiciamiento por hechos que, por razón de su gravedad particular, rebasan los intereses subjetivos de las partes.

## 9. PENAS

*Versiones presentadas*

101. El Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**El tribunal podrá imponer a los acusados que sean declarados culpables cualquier pena que estime justa.**

## VERSIÓN B

**Salvo la pena de muerte, el tribunal podrá imponer a los acusados cualquier pena que estime justa.**

## VERSIÓN C

**El tribunal podrá imponer a los acusados que sean declarados culpables penas de prisión perpetua o temporal, acompañadas o no de penas pecuniarias y la confiscación de sus bienes.**

*Comentario*

102. La versión A se inspira en el artículo 27 del Estatuto de Nuremberg<sup>35</sup>, que no excluye la pena de muerte.

103. La versión B excluye la pena de muerte. En ella se tiene en cuenta la evolución del derecho penal en algunos países, en particular en Europa occidental.

104. La versión C excluye no sólo la pena de muerte, sino también otras penas aflictivas cuya aplicación no es aceptada unánimemente.

105. Cabe señalar que las sanciones penales varían según las épocas y los países y entrañan concepciones morales, filosóficas o religiosas. Por lo tanto, parece conveniente escoger las penas sobre las que haya mayor acuerdo y cuyo principio sea aceptado en general por la comunidad internacional.

## 10. DISPOSICIONES FINANCIERAS

*Versiones presentadas*

106. Respecto a esta cuestión, el Relator Especial presenta las siguientes versiones:

## VERSIÓN A

**La Asamblea General creará un fondo financiado y administrado conforme a un reglamento establecido por ella. Los gastos del tribunal y los de cualquier otro órgano o institución dependiente de él serán sufragados con cargo a ese fondo.**

## VERSIÓN B

**Los Estados partes en el estatuto del tribunal y los que se adhieran a él establecerán un fondo financiado y administrado conforme al reglamento aprobado por ellos. Los gastos del tribunal y los de cualquier otro órgano o institución dependiente de él serán sufragados con cargo a ese fondo.**

*Comentario*

107. La versión A corresponde a la hipótesis de que el tribunal sería creado por la Asamblea General.

108. La versión B corresponde a la hipótesis restringida de que el tribunal sería creado solamente por los Estados partes en el estatuto.

<sup>35</sup> Véase nota 7 *supra*.



# EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/427 y Add.1\*

## Sexto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial

[Original inglés]  
[23 de febrero y 7 de junio de 1990]

### INDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCION	1	44
<i>Capítulo</i>		
I GESTION ADMINISTRATIVA DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES	2-19	44
A Introduccion	2	44
B La practica de los Estados	3-6	45
C La labor de las organizaciones internacionales	7-17	46
D Conclusion	18-19	50
E El articulo propuesto		51
<i>Artículo 26 — Gestion administrativa institucional conjunta</i>		51
Comentario		51
	<i>Párrafos</i>	
II SEGURIDAD DE LAS INSTALACIONES HIDRAULICAS	20-36	55
A Introduccion y examen general	20-22	55
B Practica de los Estados y opiniones de los tratadistas	23-35	56
C Los articulos propuestos	36	59
<i>Artículo 27 — Proteccion de los recursos hidricos y las instalaciones hidraulicas</i>		59
Comentario		59
<i>Artículo 28 — Condicion de los cursos de agua internacionales y las instalaciones hidraulicas en tiempo de conflicto armado</i>		60
Comentario		60
	<i>Párrafos</i>	
III APLICACION DE LOS ARTICULOS	37-39	60
A Introduccion	37-39	60
B El anexo propuesto		61
ANEXO I — Aplicacion de los articulos		
<i>Artículo 1 — Definicion</i>		61
Comentario		62
<i>Artículo 2 — No discriminacion</i>		62
Comentario		62
<i>Artículo 3 — Recursos previstos en el derecho interno</i>		63
Comentario		63
<i>Artículo 4 — Igualdad de acceso a los procedimientos</i>		64
Comentario		64
<i>Artículo 5 — Informacion</i>		65
Comentario		65
<i>Artículo 6 — Inmunidad jurisdiccional</i>		66
Comentario		66
<i>Artículo 7 — Conferencia de las Partes</i>		67
Comentario		68
<i>Artículo 8 — Enmienda de los articulos</i>		69
Comentario		69

\* En el que se incorpora el documento A/CN.4/427/Corr.1

Capítulo	Párrafos	Página
IV. ARREGLO DE CONTROVERSIAS . . . . .	40-90	69
A. Introducción . . . . .	40-44	69
B. Medios para el arreglo de controversias y su aplicación por los Estados en sus relaciones atinentes a los cursos de agua internacionales . . . . .	45-56	70
C. Utilización del asesoramiento de expertos . . . . .	57-80	74
D. La labor de las organizaciones internacionales . . . . .	81-85	78
E. Propuestas de Relatores Especiales anteriores . . . . .	86-90	79
F. Anexo propuesto . . . . .		80
ANEXO II.—Determinación de los hechos y arreglo de controversias		
A. Determinación de los hechos . . . . .		80
Artículo 1 — <i>Determinación de los hechos</i> . . . . .		80
Comentario . . . . .		80
B. Solución de controversias . . . . .		82
Artículo 2 — <i>Obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos</i> . . . . .		82
Comentario . . . . .		83
Artículo 3 — <i>Consultas y negociaciones</i> . . . . .		83
Comentario . . . . .		83
Artículo 4 — <i>Conciliación</i> . . . . .		83
Comentario . . . . .		84
Artículo 5 — <i>Arbitraje</i> . . . . .		84
Comentario . . . . .		84
ANEXO.—Tratados citados en el presente informe . . . . .		85

## Introducción

1. De conformidad con el calendario que había consignado en su cuarto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>1</sup>, el Relator Especial aborda en el presente informe las partes finales del proyecto de artículos relativos a la gestión administrativa de los cursos de agua internacionales, la seguridad de las instalaciones hidráulicas y el arreglo de controversias. Por lo tanto, sobre todas estas cuestiones presenta proyectos de artículos, acompañados de material de información. El Relator Especial propone también disposiciones sobre la «Aplicación de los artículos», que se refieren a la facilitación de recursos privados en los casos de daño real o potencial. Esos textos se basan en las observaciones formuladas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como en la investigación realizada por el Relator Especial, de las cuales se desprende que sería necesario adoptar todas las medidas posibles para facilitar la indemnización a nivel privado, como primera medida práctica para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos.

<sup>1</sup> *Anuario* 1988, vol. II (primera parte), pág. 221, documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párr. 8.

## CAPÍTULO PRIMERO

### Gestión administrativa de los cursos de agua internacionales

#### A.—Introducción

2. La cuestión de la gestión administrativa de los cursos de agua internacionales —la que también se denomina arreglos administrativos aplicables a los sistemas de cursos de agua internacionales— ha sido tratada en forma pormenorizada por los dos relatores especiales anteriores, el Sr. Stephen Schwebel<sup>2</sup> y el Sr. Jens Evensen<sup>3</sup>, y en diver-

sos informes y estudios de las Naciones Unidas<sup>4</sup>. En su tercer informe, el actual Relator Especial examinó los rasgos pertinentes de un sistema moderno de gestión admi-

<sup>2</sup> Véase el tercer informe del Sr. Schwebel, *Anuario* 1982, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/348, párrs. 452 a 471.

<sup>3</sup> Véanse el primer informe del Sr. Evensen, *Anuario* 1983, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/367, párrs. 131 a 137, y su segundo informe, *Anuario* 1984, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/381, párr. 75.

<sup>4</sup> Véanse: a) Naciones Unidas, *Desarrollo integrado de las cuencas hidrográficas* (N.º de venta: S.70.II.A.4); b) *id.*, *La gestión de los bassins fluviaux* (N.º de venta: F.70.II.E.17); c) *id.*, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales aspectos institucionales y jurídicos*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 1 (N.º de venta: S.75.II.A.2); d) *id.*, *Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 10 (N.º de venta: S.82.II.A.17); e) *id.*, *Cuestiones institucionales de ordenación de cuencas fluviales internacionales consideraciones financieras y contractuales*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 17 (N.º de venta: S.87.II.A.16).

nistrativa de los recursos hídricos, a fin de proporcionar un marco para el análisis de las reglas de procedimiento relativas a la utilización de los cursos de agua internacionales<sup>5</sup>. El Relator describía en dicho informe los mecanismos para la planificación de fines múltiples y el aprovechamiento integrado de sistemas de cursos de agua que se han establecido enteramente dentro de una jurisdicción, entre distintas dependencias de un sistema federal, y a nivel internacional. Como esta cuestión ha sido tratada anteriormente con gran amplitud, el Relator Especial se limitará, en el presente capítulo, a un breve examen y una actualización de los textos de referencia que han sido estudiados exhaustivamente en informes anteriores<sup>6</sup>, los que irán seguidos de un proyecto de artículo sobre la cuestión para que la Comisión lo examine.

### B. — La práctica de los Estados

3. Herbert Arthur Smith, en su destacada obra sobre la utilización de los ríos internacionales, publicada en 1931<sup>7</sup>, llegó a la conclusión —tras una amplia investigación— de que la práctica de los Estados respecto de los cursos de agua internacionales permitía destilar una serie de principios de derecho internacional:

El primer principio es que todo sistema fluvial es naturalmente una unidad indivisible y, por lo tanto, se lo debiera aprovechar de modo de producir el mayor beneficio posible para toda la comunidad humana a la que sirve, ya sea que la comunidad este o no dividida en dos o más jurisdicciones políticas. Es obligación positiva de todos los gobiernos interesados la de cooperar en la medida de sus posibilidades para fomentar este aprovechamiento, aunque no se les puede exigir que pongan en peligro sus intereses vitales o sacrifiquen, sin una indemnización integral y un régimen de seguridad, otros intereses particulares propios [ ]<sup>8</sup>

Uno de los principios que se desprende del primero, según Smith, es el siguiente:

7) Cuando las circunstancias de cualquier sistema fluvial sean de naturaleza tal que exista la probabilidad de que se susciten con frecuencia problemas relacionados con su adecuada utilización, sería necesario instituir comisiones internacionales permanentes para abordar dichos problemas en cualquier ocasión en que ellos se planteen<sup>9</sup>

En efecto, Smith dedicó el capítulo V de su obra a «La función de las comisiones internacionales». No se trataba en absoluto de una idea nueva, ni siquiera en el primer tercio del siglo XX. Ya en 1911, el Instituto de Derecho Internacional recomendaba, en el párrafo 7 de su resolución

<sup>5</sup> *Anuario 1987*, vol II (primera parte), págs 17 y ss, documento A/CN.4/406 y Add 1 y 2, párrs 6 a 38

<sup>6</sup> Véase especialmente el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (nota 2 *supra*), párrs 452 a 471

<sup>7</sup> H. A. Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, 1931

<sup>8</sup> *Ibid*, págs 150 y 151. Es interesante observar que la expresión «sistema fluvial» fue utilizada por Smith en una obra escrita a poco de comenzar el presente siglo. Dicha expresión fue también empleada por J. L. Briery, por ejemplo en la quinta edición de su conocida obra *The Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1955, pag 205. El hecho de que tal conceptualización de los cursos de agua internacionales date de hace relativamente largo tiempo entre los estudiosos de la materia resultará de interés para la Comisión en relación con la decisión que debe adoptar en última instancia sobre la cuestión de si el proyecto de artículos debe basarse en el concepto de «sistema» de curso de agua internacional

<sup>9</sup> Smith, *op cit*, pag 152

ción relativa a la «reglamentación internacional del uso de las aguas internacionales»<sup>10</sup>:

[ ] la institución de comisiones comunes y permanentes de los Estados interesados que tomen decisiones o por lo menos den su opinión cuando se creen nuevas instalaciones o se efectúen modificaciones en las instalaciones existentes que puedan tener consecuencias importantes para el tramo del río situado en el territorio del otro Estado

Y la práctica de los Estados al respecto se remonta a épocas mucho más remotas aún. Por ejemplo, en virtud del Tratado de Vaprio, suscrito en 1754 por la Emperatriz de Austria, en su calidad de Duquesa de Milán, y la República de Venecia, se encomendaron a una comisión mixta de límites, que ya existía, funciones relacionadas con la utilización común del río Ollio<sup>11</sup>.

4. Como puede comprobarse en informes anteriores<sup>12</sup>, muchos de los primeros acuerdos sobre sistemas de cursos de agua internacionales, en especial los del siglo XIX, se ocupaban en especial de reglamentar la navegación y la pesca. Los acuerdos más recientes, en especial los concertados desde la segunda guerra mundial, se han ocupado fundamentalmente de otros aspectos de la utilización o el aprovechamiento de los sistemas de cursos de agua internacionales, tales como el estudio de las posibilidades de aprovechamiento del curso de agua, el regadío, la defensa contra las inundaciones, la generación de energía hidroeléctrica y la contaminación<sup>13</sup>. Todos estos aspectos, que han pasado a ocupar el primer lugar debido a un gran aumento de la demanda de agua, alimentos y electricidad, han obligado en una medida mucho mayor a crear organismos mixtos para la aplicación de los distintos acuerdos. Actualmente hay casi tantos organismos mixtos como cursos de agua internacionales. Ellos pueden ser *ad hoc* o permanentes, y sus funciones y facultades pueden ser muy diversas<sup>14</sup>.

5. La lista anotada de comisiones multilaterales y bilaterales que se ocupan de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, preparada por la Secretaría en abril de 1979<sup>15</sup>, enumera 90

<sup>10</sup> Resolución adoptada el 20 de abril de 1911, véase *Anuaire de l'Institut de droit international 1911*, París, vol 24, págs 365 a 367, texto reproducido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pag 213, documento A/5409, párr 1072

<sup>11</sup> Véase también el Tratado de Fontainebleau, suscrito en 1785 por Austria y los Países Bajos, en virtud del cual se constituyó un órgano bilateral que debía determinar los mejores lugares para construir conjuntamente represas en el río Mosa, citado en el informe de la CEPE de 1952, relativo a los «Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun» (E/ECE/136), párr 175

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, el estudio sobre acuerdos internacionales que figura en el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/412 y Add 1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párrs 39 a 48

<sup>13</sup> Véase el análisis de los acuerdos multilaterales en Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (nota 4 *c supra*), párrs 91 a 97, especialmente párr 96

<sup>14</sup> Para la descripción sumaria de algunos de esos acuerdos, «elegidos con objeto de ilustrar la mayor variedad posible de mecanismos», *ibid*, anexo IV. Véase también la lista de acuerdos que establecen organismos mixtos para la ordenación de cursos de agua internacionales en ILA, *Report of the fifty-seventh Conference Madrid 1976*, Londres, 1978, págs 256 y ss, N. Ely y A. Wolman, «Administration» en A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead, eds., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1967, pag 124, y la extensa lista de estudios sobre las comisiones fluviales y lacustres internacionales que figura en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), nota 746

<sup>15</sup> Lista no publicada

organismos de esa índole. Aunque la mayor parte de las comisiones incluidas en la lista están encargadas de sistemas de cursos de agua en Europa, todas las regiones del mundo están representadas. Además, cuando se preparó la lista, venían incrementándose los arreglos administrativos en los países en desarrollo, especialmente en África. La Secretaría observó a este respecto que los Estados africanos recientemente independizados habían demostrado un deseo encomiable de cooperar en asuntos fluviales mediante la creación de comisiones fluviales internacionales. Aunque en 1959 sólo existía una comisión fluvial internacional en África, la Comisión Técnica Mixta Permanente del río Nilo, desde entonces se han establecido en África ocho nuevas comisiones fluviales. La tendencia se ha mantenido desde que se formularon dichas observaciones<sup>16</sup>.

6. El gran número de comisiones y otros arreglos administrativos que han establecido los Estados de los cursos de agua, especialmente los Estados que utilizan con mayor intensidad los cursos de agua internacionales<sup>17</sup>, sugiere que tales mecanismos institucionales conjuntos son una consecuencia natural y lógica de la fuerte dependencia de re-

<sup>16</sup> Veanse, por ejemplo, los acuerdos contenidos en Naciones Unidas, *Traites concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation* Afrique, Recursos naturales/Serie del agua N.º 13 (N.º de venta E/F 84 II 47), en especial la Convención de 30 de junio de 1978 relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Gambia, y la Convención de 21 de noviembre de 1980 en virtud de la cual se creó la Autoridad de la cuenca del río Níger. Véase un tratamiento general en C. O. Okidi, «The State and the management of international drainage basins in Africa», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M.), vol. 28, 1988, pag. 645, y K. V. Krishnamurthy, «The challenge of Africa's water development», *Natural Resources Forum*, Nueva York, vol. 1, 1977, pag. 369.

<sup>17</sup> Ejemplos destacados que acuden fácilmente a la mente lo constituyen los Estados que comparten el Nilo, los Grandes Lagos y otras aguas limítrofes entre el Canadá y los Estados Unidos de América, el Río de la Plata, el Ganges, el Indo, el Danubio y el Rin. Véanse, por ejemplo, los siguientes acuerdos para el Nilo, el Acuerdo de 8 de noviembre de 1959 entre la República Árabe Unida y el Sudán, y el Protocolo relativo al establecimiento de la Comisión Técnica Mixta Permanente de 17 de enero de 1960, para los *Grandes Lagos y otras aguas limítrofes entre el Canadá y los Estados Unidos*, el Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América relativo a las aguas fronterizas, y problemas planteados entre los Estados Unidos y el Canadá, de 11 de enero de 1909, en cuyo artículo VIII se estableció la Comisión Mixta Internacional de los Estados Unidos y el Canadá (examinado en L. M. Bloomfield y G. F. Fitzgerald, *Boundary Waters Problems of Canada and the United States. The International Joint Commission 1912-1958*, Toronto, Carswell, 1958), para el *Río de la Plata*, la Declaración conjunta de los cancilleres de los países de la Cuenca del Plata, formulada en Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, que estableció el Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata [véase OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed. rev. (OEA/Ser I/VI, CIJ-75 rev. 2), pag. 148], resumida en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), pag. 349, documento A/CN.4/274, párr. 323, para el *Ganges*, el Acuerdo de 5 de noviembre de 1977 sobre la repartición de las aguas del Ganges en Farakka y el aumento de su caudal, por el que se creó, en virtud del artículo IV, la Comisión Mixta India-Bangladesh encargada de aplicar las disposiciones previstas en el Acuerdo, para el *Indo*, el Tratado relativo al uso de las aguas del Indo, celebrado el 19 de septiembre de 1960 entre la India y el Pakistán, por el que se estableció, en el artículo VIII, la Comisión Permanente del Río Indo, para el *Danubio*, la Convención relativa al régimen de la navegación en el Danubio, de 18 de agosto de 1948, que creó en el capítulo II la Comisión del Danubio, para el *Rin*, entre otros, el Acuerdo de 29 de abril de 1963 relativo a la Comisión Internacional para la protección del Rin contra la contaminación, y el Acuerdo de 3 de diciembre de 1976 relativo a la protección del Rin contra la contaminación química.

En las fuentes citadas en la nota 4 *supra* figuran listas de acuerdos en que se establecieron comisiones conjuntas para la gestión administrativa de cursos de agua internacionales.

cursos hídricos compartidos y de la interdependencia que es su resultado inevitable. Quizá sea aún más significativo el hecho de que en una de las resoluciones del Plan de Acción de Mar del Plata, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en 1977, reconociendo las mayores demandas que plantean las poblaciones crecientes respecto a recursos finitos de agua dulce, se destacara «la necesidad\* imperiosa de acelerar el progreso en la investigación y el desarrollo de los recursos hídricos y en [su] ordenación integrada para su eficaz utilización»<sup>18</sup>. Esa necesidad quizá se siente más que en ninguna otra parte en África, donde los hidrólogos han estimado que sólo se utiliza aproximadamente el 2% de los recursos hídricos totales<sup>19</sup>. De modo similar, si bien «un tercio del potencial mundial de energía hidráulica se halla en África [...], el coeficiente de la energía generada respecto al potencial explotable es sólo del 2%»<sup>20</sup>.

### C.—La labor de las organizaciones internacionales

7. El establecimiento en los últimos años de un gran número de comisiones conjuntas para ríos y lagos puede atribuirse, al menos en parte, a la labor realizada con los auspicios de las Naciones Unidas. El tema que surge de los informes y recomendaciones de las reuniones de la Organización es que, si bien no existe, con arreglo al derecho internacional, obligación alguna de crear esos organismos, la gestión administrativa de los sistemas de cursos de agua internacionales mediante instituciones conjuntas no sólo es un fenómeno cada vez más común, sino también una forma de cooperación entre los Estados del curso de agua que es casi indispensable para lograr aproximarse a la utilización y la protección óptimas del sistema hídrico.

8. En un informe de enero de 1971 sobre el desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales<sup>21</sup>, preparado para el recién creado Comité de Recursos Naturales, el Secretario General recuerda que los cursos de agua internacionales pueden dar oportunidades de fortalecer las relaciones entre los Estados, y señala la «necesidad» de establecer soluciones institucionales con ese fin:

3. El fenómeno de los recursos hidráulicos internacionales ofrece una oportunidad única para fomentar la amistad entre los países. El aprovechamiento óptimo de esas aguas exige que se tomen medidas prácticas de asociación internacional, de las que puedan beneficiarse todas las partes de forma tangible y visible mediante la acción concertada. El agua es un recurso vital, cuyos beneficios pueden multiplicarse a través de esfuerzos comunes y cuyos efectos perjudiciales pueden evitarse o eliminarse mediante actos en colaboración. Así pues, la condición de Estado ribereño

<sup>18</sup> Resolución VIII relativa a los arreglos institucionales para la cooperación internacional en el sector de los recursos hídricos, véase Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua Mar del Plata 14 a 25 de marzo de 1977* (N.º de venta S 77 II A 12), cap. I. Además de sus funciones principales de integrar la ordenación y el aprovechamiento de los sistemas de cursos de agua internacionales, esos organismos conjuntos han sido también capaces de obtener de bancos multilaterales de desarrollo y otras instituciones internacionales apoyo financiero para proyectos asociados con el aprovechamiento de cursos de agua concretos. Véase P. K. Menon, «Institutional mechanisms for the development of international water resources», *Revue belge de droit international*, Bruselas, vol. 8, 1972, pag. 99.

<sup>19</sup> Véanse Krishnamurthy, *loc cit* (nota 16 *supra*), pag. 371, y Okidi, *loc cit* (nota 16 *supra*), págs. 647 y 648.

<sup>20</sup> Okidi, pag. 648.

<sup>21</sup> E/C.7/2/Add.6, reproducido en parte en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 356 y 357, documento A/CN.4/274, párr. 334.

de una cuenca fluvial internacional constituye indudablemente un estímulo hacia la cooperación internacional. Además, al elaborarse y aplicarse planes conjuntos se adquiere una útil experiencia en instituciones internacionales tanto en la adopción de decisiones como en la ejecución de proyectos. Un rasgo característico de las medidas internacionales adoptadas en los últimos tiempos para desarrollar los recursos hidráulicos ha sido la ampliación del alcance y diversidad de las actividades que realizan las partes para aprovechar las aguas internacionales. Se están dando nuevas dimensiones a la estructura orgánica creada tradicionalmente en Europa y América de Norte, que se basaba en gran parte en el aprovechamiento de los ríos internacionales para un solo fin, el cual nunca consistía en consumir sus aguas.

[ ]

#### *Necesidad de nuevas soluciones institucionales*

12. Como cada vez es más imperioso desarrollar y aprovechar de manera extensiva los recursos hidráulicos internacionales y como las posibilidades de conflicto y la necesidad de cooperación se hacen cada día más evidentes, los administradores de las aguas, los dirigentes políticos, los planificadores regionales y los juristas internacionales están llamados a idear mejores marcos institucionales para afrontar las crecientes necesidades de una colaboración internacional. Son precisas nuevas vías de comunicación, flexibles y de amplia base, entre los países que han iniciado el desarrollo y aprovechamiento de los recursos hidráulicos internacionales y aquellas organizaciones y personas que poseen experiencia e información en esta esfera.

13. La gama de medidas institucionales que se ofrecen es impresionante. Por ejemplo, incluye la simple designación en cada país de un funcionario autorizado a intercambiar datos o incluso planes de desarrollo para un fin concreto, o puede implicar el establecimiento de un organismo hidrográfico con su personal calificado, servicios técnicos y consejo de administración intergubernamental propios.

14. La organización institucional debe responder a las necesidades de coordinación que hay en cada caso. Con una perspectiva a largo plazo se necesita también una cierta flexibilidad, por la demanda fluctuante de agua, la naturaleza y características de la base de recursos, y otras influencias dinámicas del medio. [ ]

9. Los esfuerzos de las organizaciones internacionales por alentar a los Estados de los cursos de agua a establecer instituciones para la gestión administrativa de los cursos de agua internacionales pueden ilustrarse mediante los siguientes ejemplos.

10. La recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano<sup>22</sup>, recomendó que los Estados estudiaran la posibilidad de establecer medidas institucionales conjuntas y elaboró un inventario de las funciones posibles de tales organismos:

*Se recomienda* que los gobiernos interesados estudien la posibilidad de establecer comisiones internacionales de cuencas hidrográficas u otro mecanismo adecuado para la colaboración entre los Estados interesados cuando se trate de recursos hidráulicos comunes a más de una jurisdicción.

<sup>22</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 73 II A 14), cap II.

Vease también los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978, según el principio 2, «los Estados deberán considerar el establecimiento de estructuras institucionales, tales como comisiones conjuntas internacionales, con el objeto de llevar a cabo consultas sobre problemas relacionados con la protección y la utilización de recursos naturales compartidos» (PNUMA, *Derecho ambiental. Líneas directrices y principios N° 2. Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978). Los antecedentes y el proyecto de principios pueden verse en la nota presentada por el Sr. Constantín A. Stavropoulos en el 35° período de sesiones de la Comisión [Anuario 1983, vol II (primera parte), pag 208, documento A/CN.4/L.353].

[ ]

c) Gracias a esas disposiciones, cuando las juzguen apropiadas los Estados interesados, será posible llevar a cabo sobre una base regional las siguientes actividades:

- i) Reunión, análisis e intercambio de datos hidrológicos por conducto de un mecanismo internacional establecido por los Estados interesados,
- ii) Programas conjuntos de reunión de datos para la labor de planificación,
- iii) Evaluación de los efectos que causan sobre el medio los usos que se hacen del agua en la actualidad,
- iv) Estudio conjunto de las causas y los síntomas de los problemas relacionados con los recursos hidráulicos, teniendo presentes las consideraciones técnicas, económicas y sociales que plantea el control de calidad del agua,
- v) Aprovechamiento racional de los recursos hidráulicos como factor ambiental que comprenda un programa de control de calidad,
- vi) Organización de una protección judicial y administrativa de derechos y reclamaciones en relación con el agua,

[ ]

viii) Cooperación financiera y técnica [en el caso] de los recursos compartidos,

d) Deberían organizarse conferencias regionales a fin de promover las consideraciones arriba enunciadas.

11. En su tercer período de sesiones, celebrado en 1973<sup>23</sup>, el Comité de Recursos Naturales dirigió una recomendación al Consejo Económico y Social que culminó en la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en 1977<sup>24</sup>. Además de las numerosas recomendaciones relativas a la ordenación de los recursos hídricos compartidos<sup>25</sup>, el Plan de Acción de Mar del Plata, aprobado por la Conferencia, contiene una resolución sobre las comisiones de cuencas fluviales que

*Recomienda* al Secretario General que estudie la posibilidad de organizar reuniones entre representantes de las comisiones internacionales de cuencas fluviales con competencia en la ordenación y el desarrollo de aguas internacionales, con miras a entablar un diálogo entre las distintas organizaciones de cuencas fluviales sobre las posibles formas de promover el intercambio de sus experiencias. Los representantes de los distintos países que comparten recursos hídricos y no han establecido todavía una estructura institucional para toda la cuenca de que se trate debieran ser invitados a participar en las reuniones. [ ]<sup>26</sup>

12. Esa resolución condujo a la celebración de una serie de reuniones de ese tipo, la primera de las cuales fue la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales, convocada por las Naciones Unidas y celebrada en Dakar en 1981. Las conclusiones de la Reunión respecto a medidas institucionales y legales contienen importantes lecciones sacadas de la experiencia de los Estados de los cursos de agua que tienen un mecanismo administrativo conjunto:

4. Cuando los Estados proyectaran establecer una administración internacional permanente o especial para la ordenación de recursos hídricos compartidos, el acuerdo por el que se creara tal administración debería, con objeto de delimitar de forma óptima la cooperación basada en una comunidad de intereses, y bajo los principios de derecho internacional de aguas [aceptados por] los Estados contratantes, incluir por lo menos los

<sup>23</sup> Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social 54° período de sesiones Suplemento N° 4 (E/5247), parr 114.

<sup>24</sup> El examen de los antecedentes de la Conferencia puede verse en Anuario 1974, vol II (segunda parte), pag 358, documento A/CN.4/274, parr 336.

<sup>25</sup> Véase Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (nota 18 supra), cap I, «Recomendaciones», seccs A, D, G y H.

<sup>26</sup> *Ibid*, cap I, resolución VII.

elementos siguientes, que habria que definir con la mayor claridad posible

- Objetivos
- Competencia territorial
- Composicion
- Atribuciones
- Procedimientos de adopcion de decisiones
- Necesidades financieras
- Procedimientos para la prevencion y solucion de controversias

5 [ ] [a]tendiendo a la unidad hidrologica de las cuencas hidrograficas, era preferible que organizaciones reconocidas se encargaran a nivel de toda una cuenca de elaborar y quizas realizar los programas de aprovechamiento, cuando esto no fuera viable, habria que establecer un sistema de coordinacion entre los diversos organismos interesados

6 [ ] [c]on relacion a la composicion del personal directivo, gerencial y tecnico, se considero que los problemas tecnicos debian ser abordados por especialistas, y que los diplomaticos debian ayudarlos a resolver los problemas que se plantearan, debiendo ambas categorias complementarse reciprocamente

7 Sobre los procedimientos de adopcion de decisiones, [ ] los procedimientos de decision de las organizaciones fluviales internacionales eran diferentes unos de otros y [ ] lo esencial era que los Estados regularan esta cuestion en el respectivo convenio con objeto de garantizar la eficacia de las decisiones que se tomasen<sup>27</sup>

13. Más recientemente, se celebró en Addis Abeba, del 10 al 15 de octubre de 1988, una Reunión interregional sobre el aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres, con especial atención a la región de África<sup>28</sup>. Entre las recomendaciones aprobadas bajo el epígrafe «Evaluación y planificación de recursos» figuran las siguientes:

La reunion recomendo que los gobiernos nacionales y, cuando procediere, las organizaciones de cuencas fluviales adoptaran medidas para aplicar las siguientes propuestas encaminadas a mejorar la evaluacion de recursos y a lograr la planificacion integrada del aprovechamiento y la administracion multiseccionales de las cuencas fluviales

[ ]

2 Elaborar y aplicar sistemas y disposiciones institucionales para el acopio y el almacenamiento de datos pertinentes para los proyectos de cuencas fluviales y lacustres, que prevean y estimulen el intercambio de informacion y el acceso a los datos entre las partes interesadas, a fin de lograr una planificacion y una administracion mejores de los recursos de las cuencas. Ello se debena complementar con programas de prioridades actualizados periodicamente para el acopio y las redes de datos, en apoyo de planes graduales respecto de las cuencas<sup>29</sup>

14. En cuanto a los «Aspectos jurídicos e institucionales», la Reunión recomendó que<sup>30</sup>:

2 Los gobiernos reconozcan que el enfoque por sistemas de la administracion de los recursos hidricos de una cuenca es el punto necesario de partida para regular y administrar los recursos, dadas la interdependencia y la diversidad de los componentes del ciclo hidrologico las aguas superficiales, las aguas subterranas, el interfaz agua-atmosfera y el interfaz agua dulce-agua salada

3 Los gobiernos apliquen los principios generales del derecho internacional aplicables a los recursos hidricos, que comprenden, entre otros, el derecho de cada Estado de la cuenca a una utilizacion equitativa y el deber de no causar un daño apreciable a otro Estado de la cuenca (comprendido el medio ambiente), y reconozcan el deber de intercambiar la informacion y los datos pertinentes disponibles, el deber de notificar a los

<sup>27</sup> Naciones Unidas, *Experiencias en el aprovechamiento* (vease nota 4 d supra), primera parte, «Informe de la Reunion», parr 28, conclusiones sobre el tema I, veanse tambien parr 49, conclusiones 1, 3 a 6 y 8 relativas al tema II (Progresos en materia de medidas de cooperacion), y parr 69, conclusiones 3 y 4 sobre el tema III (Consideraciones economicas y otras)

<sup>28</sup> Vease Naciones Unidas, *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Recursos naturales/Serie del agua N° 20 (N° de venta S 90 II A 10)

<sup>29</sup> *Ibid*, parte I, «Informe de la reunion», secc 3 A

<sup>30</sup> *Ibid*, secc 3 B

otros Estados de la cuenca que puedan verse afectados de forma nociva por un proyecto o un programa planificado por uno o mas Estados de la cuenca y de consultar con ellos y el deber de celebrar consultas, en relacion con la institucionalizacion de la cooperacion o la colaboracion para el aprovechamiento de la cuenca, cuando lo solicite cualquier otro de los Estados de la cuenca, [ ]<sup>31</sup>

[ ]

7 Los gobiernos reconozcan que las organizaciones de las cuencas son motores primeros importantes e influyentes en el proceso de desarrollo, y concedan la debida importancia a esas organizaciones y a la legislacion sobre concesion de facultades que debe establecer la existencia de personal de alto calibre tanto en los organos de formulacion de politicas como en los tecnicos

La Reunión señaló también que las estrategias de aprovechamiento de cuencas fluviales habían tenido en los últimos 20 años un éxito variable y a veces limitado. En particular, se determinó que los siguientes factores habían impedido que los planes administrativos de ordenación alcanzaran su pleno potencial:

a) En relacion con los objetivos de largo alcance del desarrollo socio-economico, es posible que los mandatos y el ambito de las tareas que se han confiado a las organizaciones de cuencas fluviales sean demasiado restrictivos para que permitan su funcionamiento oportuno, eficaz y flexible,

b) Los instrumentos y las disposiciones institucionales a disposicion de las organizaciones de cuencas fluviales han resultado ser insuficientes,

c) Las organizaciones de cuencas fluviales han adoptado metodos de trabajo inadecuados,

d) La armonizacion y la coordinacion de las tareas entre las organizaciones de cuencas fluviales y sus respectivos gobiernos nacionales han sido insuficientes,

e) Los Estados Miembros no han dado un apoyo financiero suficiente a las organizaciones de cuencas fluviales,

f) Tanto los recursos financieros como los humanos han sido insuficientes,

g) Ha existido una superposicion innecesaria, ademas de una falta de armonizacion, entre la labor de las organizaciones de cuencas fluviales y la de diversas organizaciones subregionales ocupadas en la planificacion y la ejecucion de programas y proyectos conjuntos de desarrollo,

h) La participacion local ha sido insuficiente en todas las fases de la concepcion, la planificacion y la ejecucion de los proyectos,

i) En algunos casos de ejecucion de proyectos ha existido un desequilibrio entre la participacion de los Estados miembros y los donantes, a veces con falta de coordinacion entre los donantes<sup>32</sup>

15. El tema de la gestión administrativa institucional conjunta de los cursos de agua internacionales ha sido

<sup>31</sup> Esta recomendacion iba acompañada de la siguiente observacion, colocada entre parentesis

«Durante la sesion plenaria, algunos paticipantes manifestaron reservas respecto de esta recomendacion y dijeron que, incluso cuando existe la obligacion moral de intercambiar datos o de celebrar consultas reciprocas, ello debe realizarse sobre la base de un acuerdo »

Si bien es pertinente para la labor de la Comision sobre el tema en conjunto, la nota no parece indicar que se expresaran reservas respecto a la parte de la recomendacion relativa a «la institucionalizacion de la cooperacion o la colaboracion para el aprovechamiento de la cuenca», que es la cuestion que actualmente se examina

Tambien interesa, en relacion con la presente cuestion, la recomendacion inmediatamente siguiente a la recomendacion 3, ya citada

«4 Los gobiernos reconozcan que el derecho de un Estado de la cuenca a una participacion equitativa en las utilizaciones de las aguas de una cuenca internacional de avenamiento puede quedar condicionado a que ese Estado este dispuesto, con caracter reciproco, a participar afirmativamente en las medidas y los programas razonables necesarios para mantener en buen orden el sistema hidrologico (participacion equitativa) » (*Ibid*, secc 3 B)

<sup>32</sup> *Ibid*, secc 3 D

examinado también por la Comisión Económica para Europa. En los «Principios sobre cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas», que adoptó en su 42.º período de sesiones, celebrado en 1987<sup>33</sup>, la CEPE recomendó que los Estados de los cursos de agua consideraran la posibilidad de establecer comisiones conjuntas e hizo las siguientes recomendaciones respecto a mecanismos administrativos conjuntos:

6 Los países ribereños deben considerar la posibilidad de crear, cuando aun no existan, acuerdos institucionales apropiados, en particular comisiones y grupos de trabajo mixtos, como medio de promover los objetivos de los acuerdos y de facilitar la aplicación de sus disposiciones. Deberían definirse en los acuerdos la estructura, las tareas, las competencias y la financiación de las comisiones mixtas u otros órganos de cooperación

6a El carácter formal, las funciones y el alcance de las actividades de las comisiones mixtas en los planos geográfico y orgánico deberían adaptarse del mejor modo posible a las condiciones existentes. Deberían tomarse en cuenta plenamente las estructuras nacionales y las disposiciones jurídicas vigentes en los países contratantes, así como las estructuras intergubernamentales y las condiciones hidrológicas, ambientales, económicas y de otra índole que sean pertinentes

6b Cuando ya existan arreglos institucionales, las partes contratantes deberían aprovecharlos plenamente aportando todos los medios necesarios para la buena ejecución de sus tareas

6c Las comisiones, grupos de trabajo y otros arreglos institucionales deberían incluir delegaciones designadas al efecto por las diversas partes contratantes. Las comisiones deberían tener su propio reglamento para su labor. Deberían tener derecho a solicitar el asesoramiento de expertos y de instituciones científicas y a establecer grupos de trabajo especiales o permanentes

6d En el caso de pequeños proyectos de duración limitada, las partes contratantes podrían crear grupos de trabajo especiales que se ocupen conjuntamente de cuestiones específicas. Cuando el alcance de las actividades sea más amplio y los proyectos de mayor duración, deberían establecerse comisiones mixtas, si es necesario con secretarías permanentes

16. A mediados del decenio de 1970 se elaboraron dos importantes estudios relativos a la gestión administrativa de los recursos hídricos internacionales mediante arreglos institucionales conjuntos. El primero fue un informe preparado por el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo

de los recursos hidráulicos internacionales<sup>34</sup>. Las siguientes conclusiones del Grupo de Expertos indican la evolución reciente en la práctica de los Estados y apuntan a la creciente importancia de la gestión administrativa conjunta de los cursos de agua internacionales:

557 [ ] Los recientes acuerdos con respecto a las cuencas del Nilo, el Indo, el Níger, el Senegal, el Plata, el Bajo Mekong y el Yarmuk constituyen serios intentos por lograr una cooperación y colaboración mutuas para el aprovechamiento y la conservación en común de los recursos hidráulicos internacionales. Esos acuerdos, entre otros, reflejan la creciente aceptación de los principios de la planificación internacional regional para el logro de unos intereses nacionales interdependientes

558 La cooperación mutua de los Estados ribereños [ ] ha inducido en muchos casos a una explotación más eficiente que la que hubiera sido posible de otro modo. La investigación de las posibilidades de usos múltiples y de los efectos hidrológicos de las obras hidráulicas, considerados en el contexto de una cuenca y no en el nacional únicamente, se ha traducido en planes de desarrollo que han producido importantes beneficios netos a todos los Estados interesados. El intercambio de datos hidrológicos y de otra índole, la construcción y explotación coordinadas o conjuntas de proyectos como presas y obras de regulación fluvial, y la distribución de los costos de esas empresas han sido materia de muchos acuerdos internacionales que han tenido éxito

[ ]

561 Teniendo en cuenta esas circunstancias nacionales diversas y la individualidad de cada sistema de recursos hidráulicos internacionales, los Estados de un mismo sistema tienen que establecer el régimen jurídico y los mecanismos institucionales específicos más apropiados para sus fines y posibilidades. No obstante, el derecho internacional y la práctica institucional internacional vigentes son los puntos de partida apropiados [ ]<sup>35</sup>

17. El otro estudio amplio del decenio de 1970 fue preparado por el Comité de Derecho Internacional en Materia de Recursos Hídricos de la Asociación de Derecho Internacional<sup>36</sup>. En su 57.ª Conferencia, celebrada en Madrid en 1976, la Asociación aprobó un conjunto de artículos sobre la administración de los recursos hídricos internacionales, con principios rectores relativos al establecimiento de una administración de los recursos hídricos internacionales<sup>37</sup>. El texto de esos artículos es el siguiente:

#### Artículo 1

Según el sentido que se le da en este capítulo, la frase «administración de recursos hidráulicos internacionales» se refiere a cualquier forma de arreglo institucional o de otro tipo establecido por acuerdo entre dos o más Estados de la cuenca con el objeto de atender a la conservación, el desarrollo y la utilización de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional

#### Artículo 2

1. Con miras a poner en práctica el principio de la utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, y de confor-

<sup>33</sup> Decisión I (42) de 10 de abril de 1987, vease *Documents officiels du Conseil économique et social, 1987, Supplement N° 13 (E/1987/33-E/ECE/1148)*, cap IV

Vease también el informe titulado «Approche écosystémique de la gestion de l'eau» (ENVWA/WP 3/R 7/Rev 1), presentado al Grupo de Trabajo sobre problemas hídricos de los Asesores superiores de los gobiernos de los países integrantes de la CEPE para los problemas ambientales e hídricos, en su tercer período de sesiones (11 al 14 de diciembre de 1989). El capítulo III del informe, sobre la aplicación del método de los ecosistemas a la ordenación de los recursos hídricos, examina, en particular, arreglos institucionales, planificación, evaluación de las consecuencias, evaluación del ecosistema, vigilancia, previsión ecológica, simulaciones y elaboración de modelos y participación pública y educación

También interesa la labor que realiza actualmente en esa esfera la Comisión Económica y Social para Asia Occidental. En un documento de trabajo (E/ESCWA/NR/89/W 3/WP 5) preparado para la Reunión *ad hoc* del grupo de expertos sobre seguridad de los cursos de agua en la región de la CESPAA, celebrada del 13 al 16 de noviembre de 1989, se recomienda, como parte de un «Plan de acción sobre estrategias hídricas» propuesto, el establecimiento de un marco institucional para el aprovechamiento, la conservación y la ordenación de los recursos hídricos. En el documento se señala también que la CESPAA ha propuesto que se establezca un consejo regional sobre recursos hídricos, que sería un arreglo institucional para la promoción de la cooperación regional y subregional entre las autoridades gubernamentales encargadas de administrar los recursos hídricos en la esfera del aprovechamiento de los recursos hídricos en la región de la CESPAA

<sup>34</sup> Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (vease nota 4 *supra*). Se indicó en el prefacio de este informe que el se proyectó como «un manual moderno de consulta en el que se expusieran y examinaran sistemáticamente las distintas posibilidades jurídicas y de organización existentes»

<sup>35</sup> *Ibid*, cap VI, secc A 1

<sup>36</sup> Vease ILA, *Report of the Fifty-seventh Conference* (nota 14 *supra*), págs 239 y ss, «Informe sobre la administración de los recursos hídricos internacionales», por el Relator de ese tema, Sr D A Caponera. Este informe contiene, entre otras cosas, una lista de acuerdos por los que se establece un mecanismo conjunto para la administración de los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas internacionales, agrupados por continente (*ibid*, págs 256 y ss)

<sup>37</sup> *Ibid*, pag xxxvii (artículos) y págs xxxviii y ss (principios)

midad con las disposiciones previstas en el capítulo VI [de las Normas de Helsinki] relativas a los procedimientos para la prevención y arreglo de controversias, los Estados involucrados e interesados de la cuenca deben negociar con el objeto de llegar a un acuerdo sobre el establecimiento de un procedimiento arbitral de los recursos hídricos internacionales

2 La creación de una administración de recursos hídricos internacionales, de conformidad con el párrafo 1 anterior, no menoscaba la existencia o posterior creación de cualquier organismo conjunto, comisión de conciliación o tribunal formado o utilizado por los Estados de la cuenca de conformidad con el artículo XXXI [de las Normas de Helsinki] en el caso de una cuestión o controversia que se refiera a la utilización presente o futura de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional

#### Artículo 3

Los Estados miembros de una administración de recursos hídricos internacionales, cuando corresponda, deben invitar a otros Estados, incluso Estados que no sean de la cuenca, u organizaciones internacionales, que por tratado, o por otro instrumento o por derecho consuetudinario gocen de un derecho al uso de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, o tengan interés en él, a participar en las actividades de la administración de recursos hídricos internacionales

#### Artículo 4

1 Para establecer una administración de recursos hídricos internacionales efectiva, el convenio en que se la establece debe declarar expresamente, entre otras cosas, sus objetivos o finalidades, la naturaleza de la misma y su composición, su forma y duración, su condición jurídica, la zona de operación, las funciones y facultades, y las consecuencias financieras de dicha administración de recursos hídricos internacionales

2 Los principios rectores que figuran como anexo a estos artículos deben tenerse en cuenta cuando se proyecte establecer una administración de recursos hídricos internacionales

Esos artículos, aprobados diez años después de las Normas de Helsinki sobre los usos de las aguas de los ríos internacionales, representan un claro paso hacia adelante en el enfoque de la administración conjunta de los cursos de agua internacionales. Mientras que las Normas de Helsinki tratan esta cuestión en su capítulo VI sobre los «Procedimientos para la prevención y arreglo de controversias»<sup>38</sup>, los artículos que anteceden se centran claramente en la función de ordenación de esos organismos conjuntos.

<sup>38</sup> El texto del artículo XXXI de las Normas de Helsinki, incluido en el capítulo VI, dispone lo siguiente

#### «Artículo XXXI

»1 Si se suscitara un conflicto o controversia respecto de la utilización presente o futura de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, se recomienda a los Estados ribereños que sometan el conflicto o controversia a una entidad mixta y le soliciten que estudie la cuenca hidrográfica internacional y formule planes o recomendaciones para su máxima y más eficiente explotación en beneficio de todos esos Estados

»2 Se recomienda que la entidad mixta presente informes sobre todas las matenas de su competencia a las autoridades respectivas de los Estados miembros interesados

»3 Se recomienda que los Estados miembros de la entidad mixta en casos pertinentes inviten a Estados no ribereños que en virtud de un tratado tengan derecho a usar las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, a que se asocien a la labor de la entidad mixta o les permitan comparecer ante ella »

(ILA, *Report of the Fifty-second Conference Helsinki 1966*, Londres, 1967, pag 524 )

## D.—Conclusión

18. El presente capítulo comenzó tomando nota de la conclusión de H. A. Smith de que los Estados de los cursos de agua deben establecer comisiones conjuntas permanentes cuando sea probable que ocurran con frecuencia cuestiones relativas al uso apropiado de un curso de agua. Los acuerdos internacionales y los estudios examinados en las páginas precedentes van más lejos, sin embargo, al reconocer la necesidad de que esas instituciones no sólo resuelvan las cuestiones que puedan surgir en cuanto a la utilización de un curso de agua internacional, sino que también se dediquen al desarrollo afirmativo y la protección del sistema del curso de agua internacional. El difunto James L. Brierly llegó a una conclusión similar:

[ ] se reconoce cada vez mas que, para los rios internacionales, de cualquier tamaño que sean, se necesitara alguna forma de administracion conjunta internacional si se quiere que los recursos del sistema fluvial se aprovechen al maximo para beneficio de todos los Estados nberenos [ ]<sup>39</sup>

19. En los estudios publicados por organizaciones internacionales y por autores individuales se reconoce que, si bien la generalidad y la flexibilidad son las principales virtudes de la norma de la «utilización equitativa» (consagrada en el artículo 6), esta norma requiere al mismo tiempo una estrecha cooperación, incluida la comunicación regular, para su aplicación eficaz. Los acuerdos internacionales que prevén el establecimiento de comisiones conjuntas de gestión administrativa de los cursos de agua reflejan el reconocimiento de ese hecho. La necesidad de cooperación entre los Estados de curso de agua se examina en general en los artículos 9 (Obligación general de cooperar) y 10 (Intercambio regular de datos e información) y más concretamente en la parte III del proyecto de artículos, titulada «Medidas previstas». Aunque el Relator Especial propone más adelante que se añada al proyecto de artículos un anexo sobre la ejecución, el artículo propuesto en el presente capítulo podría considerarse él mismo como una forma de ejecución de los artículos<sup>40</sup>. Al alentar la formación de instituciones permanentes para la gestión

<sup>39</sup> J L Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed rev por H Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, pag 232 Vease tambien la primera edicion de Brierly, Oxford, 1928, pag 123 Varios otros autores han reconocido tambien esa necesidad, por ejemplo F Florio, «Sur l'utilisation des eaux non mantimes en droit international», *Festschrift fur Friedrich Berber*, Munich, Beck, 1973, pag 156, B Chauhan, «Management of international water resources through international water resources commissions», ILA, Indian Branch, *Proceedings of the annual seminar*, 10 y 11 de marzo de 1973, Nueva Delhi, R D Hayton y A E Utton, «Transboundary groundwaters The Bellagio draft treaty», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M ), vol 29, 1989, pag 663, y especialmente pag 684, art III del proyecto de tratado, titulado «La Comision responsable en virtud del presente Acuerdo» Un examen de la bibliografia sobre el tema puede verse en el tercer informe del Sr Schwebel, documento A/CN 4/348 (nota 2, *supra*), nota 746

Los cientificos han llegado a conclusiones similares «Solo la cooperacion internacional en materia de ordenacion integrada de los recursos hídricos puede mejorar [los problemas del abastecimiento escaso y la contaminación]», *Scientific American*, Nueva York, numero especial, «Managing Planet Earth», septiembre 1989, pag 4, resumen del articulo de J W M la Riviere, «Threats to the world's water», pag 48

<sup>40</sup> Las comisiones conjuntas de los cursos de agua podrian ejecutar no solo las obligaciones generales de la utilizacion y la participacion equitativas (art 6), la cooperacion (art 9), el intercambio de datos e informacion (art 10) y la notificacion, la consulta y la negociacion con respecto a las medidas previstas (arts 11 a 21), sino tambien las relativas a no causar un perjuicio apreciable (art 8) y los acuerdos de [sistema] [curso de agua] (arts 4 y 5)

administrativa de los cursos de agua internacionales, el artículo establece un contexto práctico en el que los Estados de un curso de agua pueden trabajar conjuntamente en la planificación y la vigilancia de la utilización, la protección y el desarrollo de sus recursos hídricos conjuntos.

#### E.—El artículo propuesto

#### PARTE IX

#### GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

#### *Artículo 26.—Gestión administrativa institucional conjunta*

1. Los Estados del curso de agua iniciarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con miras a establecer una organización conjunta para la gestión administrativa [del sistema] de un curso de agua internacional.

2. A los efectos de este artículo, la expresión «gestión administrativa» incluye, pero no se limita a, las siguientes funciones:

a) ejecutar las obligaciones de los Estados del curso de agua con arreglo a los presentes artículos, en particular las obligaciones derivadas de las partes II y III de los artículos;

b) facilitar la comunicación regular y el intercambio de datos e información;

c) vigilar de modo permanente los [sistemas de] cursos de agua internacionales;

d) planificar el aprovechamiento sostenible, polivalente e integrado de los [sistemas de] cursos de agua internacionales;

e) proponer y ejecutar las decisiones de los Estados del curso de agua relativas a la utilización y la protección de los [sistemas de] cursos de agua internacionales; y

f) proponer y operar sistemas de alerta y control respecto de la contaminación, otros efectos ambientales de la utilización de los [sistemas de] cursos de agua internacionales, las situaciones de emergencia o los riesgos y peligros relacionados con el agua.

3. Las funciones de la organización conjunta a que se hace referencia en el párrafo 1 podrán incluir en particular, además de las mencionadas en el párrafo 2, las siguientes:

a) la determinación de hechos y la presentación de informes y recomendaciones en relación con las cuestiones que los Estados del curso de agua remitan a la organización; y

b) servir como centro de consultas, negociaciones y otros procedimientos de solución pacífica de controversias que establezcan los Estados del curso de agua.

#### Comentario

1) La numeración de la parte IX del proyecto de artículo 26 sólo es provisional. Como indicó el Relator Especial

en su cuarto informe<sup>41</sup>, esta cuestión y las siguientes podrían, a su juicio, tratarse en el propio proyecto de artículos o en un anexo. Si la Comisión decidiera tratarlas en anexos, la numeración deberá modificarse en consecuencia.

2) En gran medida, el proyecto de artículo 26 sigue los artículos sobre la misma cuestión que fueron presentados por los dos relatores especiales anteriores, el Sr. Evensen y el Sr. Schwebel. Esos artículos previos son suficientemente diferentes en enfoque, tanto si se comparan con el proyecto de artículo 26 o entre sí, para justificar su inclusión aquí como puntos de referencia para los miembros de la Comisión en su examen del proyecto de artículo 26. El texto del proyecto de artículo presentado por el Sr. Schwebel en su tercer informe es el siguiente:

#### *Artículo 15 — Gestión administrativa*

A pedido de cualquier Estado del sistema y en los casos en que las necesidades económicas y sociales de la región representen demandas sustanciales o conflictivas de los recursos de agua, o en los casos en que el sistema de cursos de agua internacionales requiera medidas de protección o de control, los Estados interesados del sistema iniciarán negociaciones con miras a establecer un mecanismo institucional permanente, o a robustecer una organización existente, con miras a ampliar sus consultas, a preparar o ejecutar las decisiones que adopten con respecto al sistema de cursos de agua internacionales, y a promover la utilización racional óptima, la protección y el control de sus recursos de agua compartidos<sup>42</sup>

El texto del proyecto de artículo presentado por el Sr. Evensen en su segundo informe es el siguiente:

#### *Artículo 15 — Ordenación de los cursos de agua internacionales Establecimiento de comisiones*

1. Los Estados del curso de agua establecerán, cuando resulte práctico y aconsejable para la administración, ordenación, protección y control racionales de las aguas de un curso de agua internacional, mecanismos institucionales permanentes o, cuando proceda, fortalecerán las organizaciones u órganos existentes, a fin de establecer un sistema de reuniones y consultas regulares, proporcionar asesoramiento y recomendaciones de expertos e introducir otros procesos y procedimientos de adopción de decisiones para promover la cooperación eficaz y amistosa entre los Estados del curso de agua interesados con miras a mejorar la utilización, la protección y el control óptimos del curso de agua internacional y de sus aguas

2. Con ese fin, los Estados del curso de agua establecerán, cuando resulte práctico, comisiones mixtas del curso de agua bilaterales, multilaterales o regionales y convendrán en el modo de funcionamiento, la financiación y las principales tareas de esas comisiones

Esas comisiones podrán tener, entre otras, las siguientes funciones

a) reunir, verificar y difundir información y datos sobre la utilización, la protección y la conservación del curso de agua o de los cursos de agua internacionales,

b) proponer e iniciar investigaciones relativas a la utilización, la protección y el control,

c) vigilar de modo permanente el sistema de un curso de agua internacional,

d) recomendar a los Estados del curso de agua las medidas y los procedimientos necesarios para la utilización óptima y la protección y el control eficaces del curso de agua,

e) servir como centro de consultas, negociaciones y otros procedimientos de solución pacífica de controversias encomendados a esas comisiones por los Estados del curso de agua,

f) proponer y operar sistemas de control y alerta respecto de la contaminación, otros efectos ambientales de los usos del agua, los riesgos na-

<sup>41</sup> Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párr. 7

<sup>42</sup> Documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), párr. 471

turales u otros riesgos que puedan causar daño o perjuicio a los derechos o intereses de los Estados del curso de agua<sup>43</sup>

3) El examen de las disposiciones de tratados referentes a arreglos institucionales revela que los Estados de los cursos de agua han establecido una gran variedad de organizaciones de ese tipo. Algunos acuerdos se refieren sólo a un curso de agua determinado, mientras que otros abarcan varios cursos de agua que forman y atraviesan fronteras comunes. Las funciones encomendadas a las respectivas comisiones se ajustan al objeto de cada acuerdo. Por ejemplo, la competencia de un organismo conjunto puede definirse de un modo bastante concreto cuando se trata de un solo curso de agua, y de modo más general cuando el acuerdo abarca una serie de ríos, lagos y acuíferos limítrofes. El proyecto de artículo 26 se ha redactado en términos lo bastante generales para que sean apropiados en un acuerdo marco. Al mismo tiempo, se pretende que el artículo oriente a los Estados del curso de agua respecto a las facultades y funciones que podrían encomendarse a las instituciones conjuntas que decidan establecer. La redacción del artículo 26 se inspiró en gran medida en los acuerdos internacionales en los que se han establecido instituciones conjuntas para la gestión administrativa de los cursos de agua. A continuación se dan ejemplos representativos de tales acuerdos, sacados de tratados relativos al río Níger, el «sistema de ríos del Indo»<sup>44</sup> y las «aguas fronterizas»<sup>45</sup> entre el Canadá y los Estados Unidos.

a) *Convención constitutiva de la Autoridad de la Cuenca del río Níger, de 21 de noviembre de 1980*<sup>46</sup>

## CAPÍTULO II

### FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA AUTORIDAD

#### Artículo 3 — Finalidad

1 La finalidad de la Autoridad es promover la cooperación entre los Estados miembros y asegurar un aprovechamiento integrado de la cuenca del río Níger en todas las esferas mediante el aprovechamiento de sus recursos, en particular en las esferas de la energía, los recursos hídricos, la agricultura, la ganadería, la pesca y las pesquerías, la explotación forestal, el transporte, las comunicaciones y la industria

2 En cumplimiento del propósito mencionado en el párrafo precedente, la actuación de la Autoridad se orientará hacia la armonización de las políticas nacionales de desarrollo en la Cuenca mediante la ejecución de proyectos y programas de aprovechamiento integrados

<sup>43</sup> Documento A/CN.4/381 (véase nota 3 *supra*), párr. 76

<sup>44</sup> Esta es la expresión utilizada en el preámbulo del Tratado entre la India y el Pakistán de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo

<sup>45</sup> Esta es la expresión utilizada en el Tratado de 1909 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América relativo a las aguas fronterizas, v. g. en el artículo preliminar

<sup>46</sup> Esa Convención transformó la antigua «Comisión del Río Níger» en la «Autoridad de la Cuenca del Río Níger» (preámbulo y art. 1). Como otros ejemplos de acuerdos entre Estados africanos en los que se crean comisiones conjuntas de cursos de agua, véanse la Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal, de 11 de marzo de 1972, la Convención y el Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad, de 22 de mayo de 1964, y el Acuerdo constitutivo del fondo de desarrollo de la Comisión de la cuenca del Chad, de 10 de octubre de 1973

#### Artículo 4 — Objetivos

1 La Autoridad se encargará de

a) La armonización y la coordinación de las políticas nacionales de desarrollo, a fin de asegurar una política equitativa respecto a la utilización compartida de los recursos hídricos por los Estados miembros

b) La formulación, de acuerdo con los Estados miembros, de la política general de aprovechamiento de la Cuenca que sea compatible con la condición jurídica internacional de la Cuenca

c) La formulación y la ejecución de un plan de desarrollo integrado de la Cuenca

d) Iniciar y vigilar una política regional ordenada y racional para la utilización de las aguas superficiales y subterráneas de la Cuenca

e) El diseño y la realización de estudios, trabajos de investigación y análisis

f) La formulación de planes, la construcción, la explotación y el mantenimiento de estructuras y proyectos realizados en el marco de los objetivos generales del desarrollo integrado de la Cuenca

2 Para lograr el propósito establecido en el párrafo 1 *supra* la Autoridad realizará en particular, en armonía con los planes de desarrollo de los Estados relacionados con la Cuenca del Níger y de conformidad con los objetivos generales del desarrollo integrado de la Cuenca, las siguientes actividades

a) *Estadísticas y planificación*

i) reunión, centralización, normalización, explotación, difusión e intercambio de datos técnicos y otros datos conexos,

ii) coordinación de planes, proyectos e investigación efectuados entre Estados miembros,

iii) consideración de proyectos presentados por los Estados miembros con miras a hacer recomendaciones sobre programas coordinados de investigación y ejecución,

iv) vigilancia de la investigación y las obras realizadas por los Estados miembros y la subsiguiente explotación de los informes que esos Estados presenten periódicamente,

v) elaboración de un plan maestro y un programa de desarrollo integrado de la Cuenca en el que se identifiquen, en diversas etapas del programa, las prioridades de los usos, proyectos y sectores alternativos

b) *Infraestructura*

i) diseñar, estudiar y construir estructuras hidráulicas polivalentes de todos los tipos y tamaños,

ii) diseñar, estudiar y construir obras, plantas y proyectos en los sectores del transporte y las comunicaciones,

iii) mejorar y mantener las vías de agua navegables,

iv) desarrollar el transporte fluvial y promover un sistema de transporte multimodal integrado (mar, río, ferrocarril, carretera) como un factor de integración y para dar una salida a los Estados miembros sin litoral del Sahel

c) *Control y utilización del agua*

i) regulación de la corriente y el avenamiento de la principal vía fluvial,

ii) lucha contra las inundaciones,

iii) construcción y mantenimiento de diques,

iv) prevención y lucha contra la sequía y la desertificación,

v) prevención de la erosión del suelo y la sedimentación,

vi) construcción de estructuras y obras para el aprovechamiento de las tierras, incluido el control del agua salina y el avenamiento

d) *Control y preservación del medio ambiente*

i) protección del medio ambiente, incluido el establecimiento de normas y medidas aplicables a los Estados en los usos alternativos de las aguas de la Cuenca,

ii) prevención y reducción de la contaminación de las aguas,

- iii) preservación de la salud humana y de los recursos genéticos (fauna y flora)

e) *Control y regulación de la navegación*

El control y la regulación de todas las formas de navegación en el río y en sus afluentes y subafluentes se rigen por los principios establecidos en el Acta de Niamey relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la Cuenca del Níger, firmada en Niamey en 1963

f) *Desarrollo agrario y agropastoral*

- i) desarrollo de las cosechas de productos alimentarios,
- ii) desarrollo de las actividades agropastorales, las pesqueras y los recursos forestales,
- iii) ejecución de programas que permitan el uso racional de las aguas para fines domésticos, industriales, agrícolas y pastorales

g) *Financiación de los proyectos y obras*

Solicitar asistencia financiera y técnica de carácter bilateral, multilateral o internacional para efectuar estudios y obras para el desarrollo de la cuenca del río Níger y, con ese fin, concertar acuerdos, siempre que los acuerdos que impliquen compromisos financieros para los Estados miembros solo entren en vigor después de haber sido aprobados por el Consejo de Ministros

3 Las modalidades, condiciones y disposiciones estatutarias que han de definirse con miras a lograr los objetivos establecidos en el párrafo 2 *supra* se establezcan, si es necesario y en cada caso, en anexos a la Convención, de la que formaran parte integrante

4 Los Estados miembros se comprometen a mantener informada a la Secretaría Ejecutiva de todos los proyectos y obras que pretendan efectuar en la Cuenca

Además, se comprometen a no realizar ninguna obra en la parte del río o de sus afluentes y subafluentes que esté bajo su jurisdicción territorial que contamine las aguas o modifique las características biológicas de la fauna y la flora

### CAPÍTULO III

#### LAS INSTITUCIONES DE LA AUTORIDAD

##### *Artículo 5 — Instituciones*

- 1 Las instituciones de la Autoridad serán las siguientes
  - a) la Reunión en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno,
  - b) el Consejo de Ministros,
  - c) el Comité Técnico de Expertos,
  - d) la Secretaría Ejecutiva y sus órganos especializados

b) *Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo, de 19 de septiembre de 1960*

##### *Artículo VIII — Comisión Permanente del Indo*

1) Tanto la India como el Pakistán crearán un puesto permanente de Comisionado de las Aguas del Indo, y nombrarán para ese puesto, siempre que ocurra una vacante, a una persona que ordinariamente sea un ingeniero de alto rango competente en el sector de la hidrología y el uso de las aguas. A menos que cualquiera de los Gobiernos decida presentar directamente una cuestión concreta al otro Gobierno, cada Comisionado será representante de su Gobierno respecto de todas las cuestiones derivadas del presente Tratado, y servirá de cauce regular de comunicación de todas las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado y, en particular, en cuanto a

a) el suministro y el intercambio de información o datos previstos en el Tratado, y

b) la comunicación de cualquier notificación o la respuesta a cualquier notificación previstas en el Tratado

2) El estatuto de cada Comisionado y sus deberes y responsabilidades hacia su Gobierno serán determinados por ese Gobierno

3) Los dos Comisionados formarán conjuntamente la Comisión Permanente del Indo

4) La finalidad y las funciones de la Comisión serán establecer y mantener acuerdos de cooperación para la aplicación del presente Tratado, promover la cooperación entre las Partes en el aprovechamiento de las aguas de los ríos y, en particular

a) estudiar cualquier problema relativo al aprovechamiento de las aguas de los ríos que remitan conjuntamente a la Comisión los dos Gobiernos e informar al respecto a los dos Gobiernos, en el caso de que la remisión sea hecha por uno solo de los Gobiernos, el Comisionado del otro Gobierno obtendrá la autorización de su Gobierno antes de proceder a actuar sobre la cuestión remitida,

b) hacer cuanto puedan para resolver prontamente, de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 del artículo IX, cualquier cuestión derivada del mismo,

c) realizar, una vez cada cinco años, una visita general de inspección de los ríos para determinar los hechos relacionados con los diversos aprovechamientos y obras existentes en los ríos,

d) realizar prontamente, a petición de cualquiera de los Comisionados, una visita de inspección de las obras o sitios existentes en los ríos que el considere necesaria para determinar los hechos relacionados con esas obras o sitios, y

e) adoptar, durante el período de transición, las medidas que sean necesarias para la aplicación de las disposiciones del Anexo H

5) La Comisión se reunirá regularmente al menos una vez al año, alternativamente en la India y en el Pakistán. Esa reunión ordinaria anual se celebrará en noviembre o en otro mes cuando convengan en ello ambos Comisionados. La Comisión se reunirá también cuando lo solicite cualquiera de los Comisionados

6) A fin de permitir que los Comisionados desempeñen sus funciones en la Comisión, cada Gobierno accede a conceder al Comisionado del otro Gobierno las mismas prerrogativas e inmunidades que se conceden a los representantes de los Estados Miembros en los órganos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas de conformidad con las secciones 11, 12 y 13 del artículo IV de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (de fecha 13 de febrero de 1946) durante los períodos especificados en esas secciones. Se entiende y acepta que esas prerrogativas e inmunidades no se conceden a los Comisionados en beneficio personal de los propios individuos, sino a fin de salvaguardar el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la Comisión, por consiguiente, el Gobierno que haya nombrado a cada Comisionado no solo tiene el derecho sino también el deber de renunciar a la inmunidad de su Comisionado en cualquier caso en que, a juicio del Gobierno que lo haya nombrado, la inmunidad impediría el curso de la justicia y pueda renunciarse a ella sin perjuicio de la finalidad para la que se concede la inmunidad

7) A los efectos de las inspecciones previstas en los incisos *c* y *d* del párrafo 4, cada Comisionado puede ser acompañado por dos asesores o auxiliares, a los que se concederán las facilidades apropiadas

8) La Comisión presentará al Gobierno de la India y al Gobierno del Pakistán, antes del 1<sup>o</sup> de junio de cada año, un informe sobre su labor en el año que haya terminado el 31 de marzo precedente, y podrá presentar a los dos Gobiernos otros informes siempre que lo considere conveniente

9) Cada Gobierno sufragará los gastos de su Comisionado y de su personal ordinario. El costo del personal especial necesario en relación con la labor mencionada en el párrafo 1 del artículo VII será sufragado como allí se establece

10) La Comisión establecerá su propio reglamento

##### *Artículo IX — Solución de diferencias y controversias*

1) Toda cuestión que surja entre las partes respecto de la interpretación o aplicación del presente Tratado o la existencia de cualquier hecho que, si se comprueba, pueda constituir un incumplimiento del presente Tratado será examinada primeramente por la Comisión, que procurará resolver la cuestión mediante acuerdo

[ ]

c) *Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América relativo a las aguas fronterizas, y problemas planteados entre los Estados Unidos y el Canadá, de 11 de enero de 1909*

*Artículo VII*

Las Altas Partes Contratantes convienen en establecer y mantener una Comisión Mixta Internacional de los Estados Unidos y el Canadá, compuesta de seis Comisionados, tres por parte de los Estados Unidos, designados por el Presidente de ese país, y tres por parte del Reino Unido, designados por Su Majestad por recomendación del Gobernador en Consejo del Dominio del Canadá

*Artículo VIII*

La Comisión Mixta Internacional tendrá jurisdicción y entenderá respecto a todos los casos relativos al uso o la obstrucción o la desviación de las aguas con respecto a los cuales, con arreglo a los artículos III y IV del presente Tratado, se requiera la aprobación de la Comisión, y, al entender en tales casos, la Comisión se regirá por las siguientes normas y principios que son adoptados por las Altas Partes Contratantes con ese fin

Las Altas Partes Contratantes tendrán, cada una a su lado de la frontera, derechos iguales y similares al uso de las aguas definidas en adelante como aguas limítrofes [ ]

[ ]

La mayoría de los Comisionados tendrá la facultad de pronunciar una decisión. En caso de que la Comisión esté dividida por igual respecto a cualquier cuestión o asunto sometido a ella para que decida, los Comisionados de cada Parte presentarán un informe separado a su propio Gobierno. Seguidamente, las Altas Partes Contratantes convendrán en un ajuste de la cuestión o asunto controvertido y, si se llega a un acuerdo entre ellas, se redactará por escrito en la forma de un protocolo, y será comunicado a los Comisionados, que realizarán todas las actuaciones ulteriores que sean necesarias para ejecutar ese acuerdo

*Artículo IX*

Las Altas Partes Contratantes convienen además en que cualquier otra cuestión o asunto controvertido que surja entre ellas respecto a los derechos, obligaciones o intereses de cualquiera de las Partes en relación con la otra o con los habitantes de la otra a lo largo de la frontera común entre los Estados Unidos y el Dominio del Canadá, se remitirá periódicamente a la Comisión Mixta Internacional a fin de que lo examine e informe al respecto siempre que el Gobierno de los Estados Unidos o el Gobierno del Dominio del Canadá solicite que esa cuestión o asunto controvertido se remita a la Comisión

La Comisión Mixta Internacional está autorizada, en todos los casos así remitidos a ella, a examinarlos e informar sobre los hechos y las circunstancias de la cuestión o asunto particular así remitido, junto con las conclusiones y recomendaciones que sean apropiadas, con sujeción, no obstante, a las restricciones o excepciones que puedan imponerse al respecto en el documento de remisión

Esos informes de la Comisión no se considerarán una decisión de la cuestión o asunto así sometido ni respecto a los hechos ni respecto al derecho, y en modo alguno tendrán el carácter de un laudo arbitral

La Comisión presentará un informe conjunto a ambos Gobiernos en todos los casos en que la mayoría de los Comisionados estén de acuerdo, y en caso de desacuerdo, la minoría podrá presentar un informe conjunto a ambos Gobiernos o informes separados a sus respectivos Gobiernos

En caso de que la Comisión esté dividida por igual respecto a cualquier cuestión o asunto remitido a ella para que informe al respecto, los Comisionados de cada Parte presentarán informes separados a su propio Gobierno

*Artículo X*

Cualquier cuestión o asunto controvertido que surja entre las Altas Partes Contratantes respecto a los derechos, obligaciones o intereses de los Estados Unidos o del Dominio del Canadá, ya sea en relación con la otra Parte o con sus respectivos habitantes, podrá ser remitido a la decisión de la Comisión Mixta Internacional mediante el acuerdo de las dos Partes, en la inteligencia de que, por parte de los Estados Unidos, toda acción de

ese tipo se hará con el asesoramiento y el consentimiento del Senado y, por parte del Gobierno de Su Majestad, con el consentimiento del Gobernador General en Consejo. En todo caso así remitido, dicha Comisión está autorizada a examinarlo e informar sobre los hechos y circunstancias de las cuestiones y asuntos concretos remitidos, junto con las conclusiones y recomendaciones que resulten apropiadas, con sujeción, no obstante, a las restricciones o excepciones que se impongan al respecto en el documento de remisión

La mayoría de los miembros de dicha Comisión estarán facultados para pronunciar una decisión o conclusión respecto a cualquiera de las cuestiones o asuntos así remitidos

Si dicha Comisión está dividida por igual o por alguna otra razón no puede pronunciar una decisión respecto a cualquiera de las cuestiones o asuntos así remitidos, los Comisionados tendrán el deber de presentar un informe conjunto a ambos Gobiernos, o informes separados a sus respectivos Gobiernos, en los que muestren las diferentes conclusiones a que hayan llegado con respecto a los asuntos o cuestiones así remitidos, y dichas cuestiones o asuntos serán remitidos seguidamente por las Altas Partes Contratantes para su decisión a un árbitro escogido de conformidad con el procedimiento prescrito en los párrafos 4, 5 y 6 del artículo XLV del Convenio de La Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, de 18 de octubre de 1907. Ese árbitro estará facultado para pronunciar un laudo definitivo respecto a los asuntos y cuestiones así remitidos sobre los que la Comisión no haya podido llegar a un acuerdo

*Artículo XI*

El original por duplicado de todas las decisiones pronunciadas y los informes conjuntos presentados por la Comisión se transmitirá, para que lo archiven, al Secretario de Estado de los Estados Unidos y al Gobernador General del Dominio del Canadá, y a ellos se dirigirán todas las comunicaciones de la Comisión

*Artículo XII*

La Comisión Mixta Internacional se reunirá y organizará en Washington prontamente después de que hayan sido nombrados sus miembros, y cuando esté organizada, la Comisión podrá fijar las fechas y lugares de las reuniones que sean necesarias, con sujeción en todo momento a las instrucciones o directrices de los dos Gobiernos. Cada Comisionado, después de la primera reunión conjunta de la Comisión que siga a su nombramiento, y antes de participar en las labores de la Comisión, hará y suscribirá una declaración solemne por escrito de que desempeñará fiel e imparcialmente los deberes que le impone el presente Tratado, y esa declaración se registrará en las actas de la Comisión

Las secciones estadounidense y canadiense de la Comisión podrán nombrar un secretario cada una de ellas, y ambos actuarán como secretarios conjuntos de la Comisión en sus sesiones conjuntas, y la Comisión podrá emplear ingenieros y asistentes administrativos cuando lo considere conveniente. Los sueldos y gastos de personal de la Comisión y de los secretarios serán sufragados por sus respectivos Gobiernos, y todos los gastos conjuntos razonables y necesarios en que incurra la Comisión serán sufragados por mitades iguales por las Altas Partes Contratantes

La Comisión estará facultada para tomar juramento a testigos y para aceptar pruebas juradas siempre que lo considere necesario en cualquier actuación o investigación o asunto sobre el que tenga jurisdicción con arreglo al presente Tratado, y se dará a todas las partes interesadas en el la oportunidad adecuada de ser oídas, y las Altas Partes Contratantes convienen en promulgar la legislación que pueda ser apropiada y necesaria para dar a la Comisión las facultades anteriormente mencionadas a cada lado de la frontera, y para procurar el envío de citaciones y forzar la asistencia de testigos a las actuaciones de la Comisión. La Comisión podrá adoptar un reglamento que se ajuste a la justicia y la equidad, y podrá hacer esos exámenes en persona o mediante agentes o empleados cuando lo considere conveniente

4) En el *párrafo 1* del proyecto de artículo 26 se trata de lograr un equilibrio entre dos enfoques: uno que exija que se establezcan instituciones conjuntas, lo que no es una obligación de los Estados del curso de agua con arreglo al derecho internacional general e incluso puede no ser necesario con respecto a ciertos cursos de agua internacionales, y el otro que simplemente recomiende que los Estados del curso de agua consideren la posibilidad de

establecer esos organismos, lo que no reflejaría adecuadamente la importancia concedida a la gestión administrativa institucional conjunta por los Estados y los expertos en la materia. Por tanto, en el párrafo 1 se requiere que los Estados del curso de agua inicien consultas, a petición de cualquiera de ellos, con miras a establecer una organización conjunta. No se requieren en él «negociaciones» *per se*, en vista de los debates de la Comisión respecto a los artículos 7 y 11 a 21. La cuestión particular que la Comisión tal vez desee examinar es si sería preferible una obligación más fuerte, como la prevista en el proyecto de artículo 15 propuesto por el Sr. Schwebel en su tercer informe<sup>47</sup>.

5) El párrafo 2 contiene una lista ilustrativa de las funciones que pueden desempeñar las organizaciones conjuntas. Como se indica en las disposiciones de los Tratados citados en el párrafo 3 del presente comentario, la gama de funciones que pueden desempeñar esas organizaciones es sumamente amplia. Se ha tratado de restringir la lista del párrafo 2 a las más importantes y comunes de esas funciones. Se observará, no obstante, que en el apartado *a* se incluyen funciones muy diversas, ya que se refiere a la ejecución de las obligaciones sustantivas y procesales derivadas del proyecto de artículos. La misma técnica se emplea en el Tratado de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo, en cuyo artículo VIII se prevé que la Comisión Permanente del Indo «servirá de cauce regular de comunicación respecto a todas las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado» (párr. 1), y que «la finalidad y las funciones de la Comisión serán establecer y mantener acuerdos de cooperación para la aplicación del presente Tratado, promover la cooperación entre las partes en el aprovechamiento de las aguas de los ríos» (párr. 4).

6) El párrafo 3 contiene una lista no exhaustiva de funciones adicionales que podrían encomendarse a una or-

<sup>47</sup> Este proyecto de artículo, que se cita integralmente en el párrafo 2 del presente comentario, prevé, entre otras cosas, que «los Estados interesados del sistema iniciaran negociaciones con miras a establecer un mecanismo institucional permanente»

ganización conjunta. Las funciones enumeradas en el párrafo van más allá de la gestión administrativa *per se*. Sin embargo, son funciones que se asignan frecuentemente a los mecanismos institucionales conjuntos, como en el caso de la Comisión Permanente del Indo (India y Pakistán)<sup>48</sup> y de la Comisión Mixta Internacional (Canadá y Estados Unidos)<sup>49</sup>. En los acuerdos internacionales vigentes se prevé en general que los informes y recomendaciones que presenten esos organismos no tengan carácter vinculante.

7) Por lo general, las Comisiones mixtas emplean en gran medida a expertos técnicos y, por ello, son especialmente útiles para determinar hechos y recomendar métodos alternativos de resolver cualquier controversia entre los Estados del curso de agua. En el informe del Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales se recomienda que las diferencias se resuelvan, siempre que sea posible, en el plano técnico,

[ ] porque los funcionarios profesionalmente capacitados y experimentados que tratan a diario problemas de recursos hidráulicos internacionales y sus homologos profesionales son quienes están en mejor posición para reunir y evaluar los muchos y complejos datos objetivos y para ponderar los aspectos científicos, técnicos y de administración que implica cualquier cuestión de recursos hidráulicos sobre la que exista desacuerdo [ ] [por ello,] debe procurarse por todos los medios fomentar la resolución de diferencias mediante la creación de un mecanismo de solución competente en el plano operacional<sup>50</sup>

Este mismo tema —que debe disponerse de procedimientos para la solución de controversias en los planos inferiores antes de remitirlas a autoridades gubernamentales más altas— ha inspirado las recomendaciones del Relator Especial que figuran en los capítulos III y IV del presente informe relativos a la ejecución y al arreglo de controversias.

<sup>48</sup> Véanse el párr. 4 del artículo VIII y el párr. 1 del artículo IX del Tratado de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo, citados en el párrafo 3 *b* del presente comentario

<sup>49</sup> Véanse el artículo VIII y, en particular, los artículos IX y X del Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas, citados en el párrafo 3 *c* del presente comentario

<sup>50</sup> Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (véase nota 4 *c supra*), párr. 457

## CAPÍTULO II

### Seguridad de las instalaciones hidráulicas

#### A.—Introducción y examen general

20. Los dos anteriores Relatores Especiales han examinado ampliamente la cuestión de la seguridad de las instalaciones hidráulicas y han presentado proyectos de artículos al respecto<sup>51</sup>. En sus trabajos se han determinado

<sup>51</sup> Véanse, en el tercer informe del Sr. Schwebel, el examen de la salvaguardia de las instalaciones hidráulicas y del agua y el proyecto de artículo 13 (Seguridad de los recursos hídricos y de las instalaciones hidráulicas), documento A/CN.4/348 (nota 2 *supra*), párrs. 390 a 415, en el primer informe del Sr. Evensen, el proyecto de artículo 28 (Seguridad de los sistemas de cursos de agua internacionales, sus instalaciones y sus construcciones) y el comentario correspondiente, documento A/CN.4/367

varios elementos que podrían incluirse en uno o varios proyectos de artículos: 1) la obligación de diseñar, construir y mantener «obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas»<sup>52</sup>, incluidos los embalses, los diques y

(nota 3 *supra*), párrs. 186 a 190, y, en su segundo informe, los proyectos de artículo 28 (Seguridad de los cursos de agua internacionales, sus instalaciones y sus construcciones, etc.) y 28 *bis* (Condición de los cursos de agua internacionales, sus aguas, construcciones, etc.), en los conflictos armados, y los comentarios correspondientes, documento A/CN.4/381 (nota 3 *supra*), párrs. 94 a 97

<sup>52</sup> El texto citado procede del párrafo 1 del artículo 56 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (véase párr. 32 *infra*)

las presas, de tal modo que se establezcan garantías razonables de su seguridad<sup>53</sup>; 2) la obligación de prevenir el envenenamiento; 3) la obligación de no atacar, destruir ni dañar las instalaciones hidráulicas y otras construcciones tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados (a menos que se utilicen para fines militares); 4) la obligación de no utilizar las instalaciones hidráulicas u otras construcciones que puedan liberar fuerzas o sustancias peligrosas en la preparación o la realización de operaciones militares ofensivas; 5) la obligación de celebrar consultas, a petición de cualquiera de las partes, respecto a las medidas de seguridad y salvaguardia para la protección contra el envenenamiento y actos terroristas; 6) la obligación de mantener durante los conflictos armados, en la medida de lo posible, los sistemas establecidos anteriormente para alertar a otros Estados de los riesgos y situaciones de emergencia relacionados con el agua; y 7) la obligación, tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados, de no impedir a un Estado del curso de agua que utilice el agua, amenazando así la supervivencia de la población civil o poniendo en peligro la viabilidad del medio ambiente.

21. Tanto el Sr. Schwebel como el Sr. Evensen han considerado que la cuestión en su conjunto es sumamente importante. El Sr. Evensen expresó dudas en su primer informe acerca de la conveniencia de ocuparse, en el marco del proyecto de artículos, del aspecto de la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas durante los conflictos armados:

[ ] Los dos Protocolos a la Convención de Ginebra de 1949 fueron aprobados tras largas y delicadas negociaciones. El Relator Especial teme que la inclusión de esas disposiciones en el presente proyecto pudiera considerarse como una enmienda o adición a esos dos Protocolos y renovar así los debates sobre los principios y normas relativos a los conflictos armados internacionales e internos [ ]<sup>54</sup>

Esas consideraciones llevaron al Sr. Evensen a excluir toda referencia a los conflictos armados en la versión del artículo 28 que propuso en su primer informe. Sin embargo, los debates sobre este artículo celebrados en 1983 en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General le convencieron de que el tema debía examinarse, al menos de modo general, en un proyecto de artículo. En consecuencia, propuso en su segundo informe un nuevo artículo (art. 28 *bis*) que se ocupaba, en un solo párrafo, de la condición de los cursos de agua internacionales y las instalaciones conexas en los conflictos armados<sup>55</sup>. El Sr. Schwebel, por su parte, se ocupa de los conflictos armados en cuatro de los seis párrafos del artículo 13 propuesto en su tercer informe<sup>56</sup>.

22. Si bien reconoce plenamente la destacada importancia de la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas durante los conflictos armados, el actual Relator Especial no puede evitar que influyan en él

las consideraciones expuestas por el Sr. Evensen y las preocupaciones similares expresadas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. Tras examinar atentamente la cuestión, ha llegado a la conclusión de que un enfoque más acorde con la orientación de los dos artículos propuestos en el segundo informe del Sr. Evensen es el que tiene menos probabilidad de suscitar objeciones graves. En consecuencia, el Relator Especial presentará proyectos de artículos que siguen ese enfoque básico, después de examinar brevemente los precedentes más importantes sobre la cuestión.

## B.—Práctica de los Estados y opiniones de los tratadistas

23. La naturaleza del problema de la seguridad de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas fue bien descrita por el Sr. Schwebel en su tercer informe:

Las cuestiones relativas a la seguridad pública respecto de posibles fallas, mala administración o sabotaje de grandes obras hidráulicas y de la salvaguardia de las instalaciones mismas no son novedosas. El derrumbe de un embalse elevado, por ejemplo, puede costar millares de vidas y producir también devastadoras consecuencias económicas y financieras. Esta inquietud ha ido en aumento a medida que se han construido proyectos polivalentes más complejos y mucho más onerosos, especialmente en décadas recientes. Además de las posibilidades de catástrofe derivadas de una ocupación y utilización más intensas de las zonas más bajas del curso inferior, la vulnerabilidad de esas obras a actos de terrorismo ha llevado o debiera haber llevado a los administradores de obras hidráulicas a reforzar sus dispositivos de salvaguardia y a revisar sus procedimientos operativos de emergencia

[ ]

A los Estados del sistema les cabe un legítimo interés en la seguridad y salvaguardia de las instalaciones vinculadas con el agua y no solo debido a su potencial de mortalidad y destrucción. Va en aumento el número de grandes proyectos que forman parte de un plan regional o de sistema para el aprovechamiento, el control y la protección del medio ambiente y que entrañan beneficios y costos, directos e indirectos, para cada Estado participante del sistema. En sus consultas y su repartición de informaciones y datos, los Estados del sistema incluyen cada vez con más frecuencia las cuestiones de salvaguardia de las instalaciones y salubridad del agua, así como también la inquietud más familiar por la construcción y explotación con arreglo a normas de prudencia<sup>57</sup>

24. Por supuesto, esas preocupaciones no se limitan a los tiempos de paz. Sin embargo, el hecho de que los conflictos armados puedan plantear peligros especialmente graves a la salvaguardia del agua potable y a la seguridad de las instalaciones hidráulicas no debe oscurecer la importancia de la construcción, el mantenimiento y la gestión adecuados en tiempo de paz. Por ejemplo, el reconocimiento de las desastrosas consecuencias de la rotura de obras hidráulicas, tales como presas, ha llevado a varios gobiernos, en particular los de Suiza, Suecia y Alemania<sup>58</sup>, a promulgar leyes y reglamentos en los que se prevé una protección especial.

25. La práctica convencional de los Estados muestra preocupaciones similares. Es el caso, por ejemplo, de la Convención relativa al plan hidroeléctrico de Emossou, de 23 de agosto de 1963, con arreglo a la cual Francia y Suiza acordaron compartir la energía producida por el proyecto a partir de aguas procedentes de ambos países. La Con-

<sup>53</sup> Según el párrafo 1 de las dos versiones del artículo 28 propuestas por el Sr. Evensen, se exigiría que los Estados del curso de agua hicieran «cuanto puedan por mantener y proteger» el curso de agua internacional y las instalaciones y construcciones correspondientes a él. El peligro que podrían plantear tales instalaciones, en particular para los Estados del curso inferior, se reconoce en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párr. 391.

<sup>54</sup> Documento A/CN.4/367 (vease nota 3 *supra*), párr. 186.

<sup>55</sup> Vease documento A/CN.4/381 (nota 3 *supra*), párr. 96.

<sup>56</sup> Documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párr. 415.

<sup>57</sup> Documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párrs. 390 y 392.

<sup>58</sup> Vease «Rapport intermédiaire sur la protection des ressources en eau et des installations hydrauliques en période de conflit armé», por el Relator sobre el tema, F. J. Berber, I.L.A., *Report of the Fifty-sixth Conference New Delhi 1974/1975*, Londres, 1976, pag. 136.

vención prevé que los proyectos y planes generales de las obras serán preparados por un concesionario, pero no podrán ejecutarse sin la aprobación previa de las Partes (art. 2); en la Convención se definen también las obligaciones del concesionario en cuanto a desague y evacuación de aguas, y se le impone la obligación de permitir la descarga, aguas abajo de la presa y de las tomas de agua, de los caudales que se juzguen necesarios para salvaguardar los intereses generales, sobre todo en lo que concierne a la salubridad pública, la irrigación, la conservación de peces y la protección del medio ambiente (art. 3). Se crea una Comisión permanente de vigilancia a fin de hacer respetar las disposiciones de la Convención (art. 4). La seguridad de las obras también es objeto de legislación específica por parte del Estado en cuyo territorio se construyan (art. 2).

26. Otro ejemplo de un acuerdo en el que se trata la cuestión de la seguridad de las instalaciones hidráulicas lo constituye el Convenio de 27 de mayo de 1957 entre Suiza e Italia relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spol. El artículo 8 de este Convenio, que se ocupa de las condiciones de la construcción de la presa y de la defensa contra las crecidas, establece que la presa será construida de modo que ofrezca el máximo de seguridad para Suiza, conforme a la legislación en vigor en dicho país. En el artículo se prevé también que la presa se proyectará de modo que las aguas tengan un aliviadero libre suficiente para dar salida a las crecidas en todo momento.

27. Con respecto a los conflictos armados, los tratadistas, desde Gentili, Grotius y Vattel a Fauchille y Oppenheim, han condenado el envenenamiento del abastecimiento de agua como medio de hacer la guerra<sup>59</sup>. El tema fue tratado también en el Reglamento del Convenio [IV] de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. En particular, el apartado E del artículo XXIII del Reglamento se refiere al uso de armas o materiales «destinados a causar males superfluos». En su análisis del artículo XXIII, Oppenheim concluyó que «no se deben envenenar los pozos, bombas, ríos, etc., de los cuales el enemigo extrae agua potable»<sup>60</sup>. Refiriéndose también a esta cuestión, el Manual de operaciones del ejército de los Estados Unidos de América, de 1956, sobre el derecho de la guerra terrestre, incluye «el envenenamiento de pozos o cursos de agua» en una lista de actos «representativos de violaciones del derecho de la guerra (crímenes de guerra)»<sup>61</sup>.

28. En la parte del Manual de derecho militar de Gran Bretaña de 1958, que se ocupa del derecho de la guerra terrestre, se establece de modo similar:

<sup>59</sup> En *Le guidon des gens de guerre* (1543), Michel d'Amboise afirmó, por el contrario, que era jurídicamente admisible «gaster, infester, intoxiquer et empoisonner les eaues des ennemys». Las opiniones de todos estos autores se resumen en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párrs. 400 y 401.

<sup>60</sup> L. Oppenheim, *International Law A Treatise*, 7ª ed., rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1952, vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, pag. 340, párr. 110. Oppenheim añadió que «una fuerza armada que sitie a un poblado puede [ ] cortar el río que suministre agua potable a los sitiados, pero no envenenarlo» (*ibid.*, pag. 419, párr. 157).

<sup>61</sup> Estados Unidos de América, Department of the Army, Field Manual on the Law of Land Warfare, 1956, FM 27-10, párr. 504, 1, citado en M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1968, vol. 10, pag. 455. Véase también párr. 37 b del Manual, citado en Whiteman, *ibid.*

No se debe envenenar o contaminar el agua de pozos, bombas, cañerías, embalses, lagos, ríos, etc., de los cuales el enemigo pueda extraer el agua potable. El envenenamiento o contaminación del agua no se legitiman por el hecho de colocar anuncios informando al enemigo de que el agua ha sido contaminada de ese modo<sup>62</sup>.

29. Si bien la cuestión del envenenamiento del abastecimiento de agua ha sido así tratada por diversos autores e instrumentos a lo largo de los siglos, sólo recientemente se ha intentado estudiar y codificar sistemáticamente normas sobre el tema más amplio de la seguridad de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas. En el «Informe intermedio» presentado en la 56.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Nueva Delhi en 1974, el Comité sobre Derecho Internacional en Materia de Recursos Hídricos de la Asociación reconoció esa evolución:

Solo durante el pasado decenio, la nueva percepción de la amenaza mundial al medio humano ha constituido también un elemento decisivo en las consideraciones relativas a la protección del agua y las instalaciones hidráulicas en tiempo de conflicto armado, si bien estas consideraciones distan mucho de ser sustantivamente integrales o metodicamente sistemáticas<sup>63</sup>.

30. Posteriormente, en su 57.ª Conferencia, celebrada en Madrid en 1976, la Asociación de Derecho Internacional aprobó las siguientes disposiciones sobre la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas en tiempo de conflicto armado:

#### Resolución

*Recordando* el aumento significativo, en recientes decenios, de la demanda de agua y el correlativo desarrollo de las instalaciones hidráulicas,

*Teniendo presente* el poder destructivo de las armas modernas,

*Teniendo en cuenta* la vital importancia del agua y las instalaciones hidráulicas para la salud e incluso la supervivencia de las poblaciones de todo el mundo y la vulnerabilidad del agua y las instalaciones hidráulicas al daño y la destrucción,

*Considerando* la ausencia de normas específicas de derecho internacional para la protección del agua y las instalaciones del agua contra daños o destrucción en tiempo de conflicto armado,

*Convencida* de la necesidad apremiante de establecer normas precisas para la protección del agua y de las instalaciones hidráulicas contra daños o destrucción y, por ende, de contribuir al desarrollo del derecho humanitario internacional aplicable en los conflictos armados,

*Adopta* los siguientes artículos como directrices para la elaboración de esas normas

#### Artículo I

El agua que sea indispensable para la salud y la supervivencia de la población civil no debiera ser envenenada o inutilizada para el consumo humano por otros medios

#### Artículo II

Las instalaciones de abastecimiento de agua que sean indispensables para las condiciones mínimas de supervivencia de la población civil no debieran ser inutilizadas o destruidas

#### Artículo III

Debiera prohibirse el desvío de las aguas con fines militares cuando ello causare un padecimiento desproporcionado a la población civil o un per-

<sup>62</sup> Reino Unido, War Office, *The Law of War on Land, Being Part III of the Manual of Military Law*, 1958, citado en Whiteman, *ibid.*, pag. 458

<sup>63</sup> ILA, *Report of the Fifty-sixth Conference* (vease nota 58 *supra*), pag. 136

juicio sustancial al equilibrio ecologico de la zona respectiva. En todo caso, debiera prohibirse el desvio que se realice con el objeto de perjudicar o destruir las condiciones minimas de supervivencia de la poblacion civil o el equilibrio ecologico basico de la zona respectiva o a fin de aterrorizar a la poblacion

#### Articulo IV

Debiera prohibirse la destruccion de instalaciones hidraulicas, como las presas y diques, que contienen fuerzas peligrosas, cuando dicha destruccion pudiera dar lugar a peligros graves para la poblacion civil o a perjuicio sustancial para el equilibrio ecologico basico

#### Articulo V

Debiera prohibirse el causar inundaciones y cualquier otra interferencia en el equilibrio hidrológico por medios no mencionados en los artículos II a IV cuando ello diera lugar a graves peligros para la población civil o perjuicio sustancial para el equilibrio ecologico de la zona respectiva

#### Articulo VI

1 Las prohibiciones contenidas en los artículos I a V *supra* se debieran aplicar tambien en los territorios enemigos ocupados

2 La Potencia ocupante debiera administrar la propiedad enemiga con arreglo a las exigencias indispensables del equilibrio hidrológico

3 En los territorios ocupados debiera prohibirse el apoderamiento, destruccion o daño intencional de las instalaciones hidraulicas cuando su mantenimiento y eficacia integrales sean vitales para la salud y la supervivencia de la poblacion civil

#### Articulo VII

El efecto del estallido de la guerra sobre la validez de los tratados o de las partes de los tratados concernientes al empleo de los recursos hidraulicos no debiera ser la terminacion sino solo la suspension. Esa suspension debiera ocurrir unicamente cuando el proposito de la guerra o la necesidad militar exijan imperativamente la suspension y cuando se salvaguarden los requisitos minimos de la subsistencia de la poblacion civil

#### Articulo VIII

1 Debiera prohibirse privar, por conducto de las disposiciones de un tratado de paz o instrumento similar, a un pueblo de sus recursos hidraulicos al punto de que se cree una amenaza para la salud o las condiciones economicas o fisicas de supervivencia

2 Cuando, como resultado de la demarcacion de una nueva frontera, el sistema hidraulico en el territorio de un Estado dependa de obras establecidas en el territorio de otro Estado, debieran hacerse arreglos para salvaguardar la entrega ininterrumpida de los suministros de agua indispensables para las necesidades vitales de la poblacion<sup>64</sup>

La Asociación de Derecho Internacional aprobó las disposiciones precedentes «en el entendimiento de que estas normas debieran aplicarse también a otros actos encaminados a dañar o destruir los recursos hidráulicos de un Estado o zona»<sup>65</sup>.

31. Un año después de la 57.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados,

<sup>64</sup> ILA, *Report of the Fifty-seventh Conference* (vease nota 14 *supra*), págs. xxxv y xxxvi

<sup>65</sup> *Ibid*, pag. xxxiv. El Sr. Schwebel estuvo en su tercer informe que, pese a su utilidad, los artículos de la Asociación no tenían que considerarse como indicación de que el proyecto o proyectos de artículos de la Comisión debía limitarse a las situaciones de conflicto armado (documento A/CN.4/348 [vease nota 2 *supra*], párr. 407)

tras tres años de reuniones, aprobó por consenso, el 8 de junio de 1977, dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, de los que algunas disposiciones son pertinentes para el presente análisis. Esas disposiciones están contenidas en los artículos 54 y 56 del Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y los artículos 14 y 15 del Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). El artículo 54 del Protocolo I, que trata de la «Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil», establece en su párrafo 2 lo siguiente:

2 Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego\*, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento o con cualquier otro proposito<sup>66</sup>

En el párrafo 4 del mismo artículo se prevé además que: «Estos bienes no serán objeto de represalias».

32. En el artículo 56 del Protocolo I, titulado «Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas», se establece en parte lo siguiente:

1 Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil

2 La protección especial contra todo ataque prevista en el párrafo 1 cesará

a) para las presas o diques, solamente si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo,

b) para las centrales nucleares de energía eléctrica, solamente si tales centrales suministran corriente eléctrica en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo,

[ ]

4 Se prohíbe hacer objeto de represalias a cualquiera de las obras e instalaciones o de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1

5 Las Partes en conflicto se esforzaran por no ubicar objetivos militares en la proximidad de las obras o instalaciones mencionadas en el párrafo 1. No obstante, se autorizan las instalaciones construidas con el único objeto de defender contra los ataques las obras o instalaciones protegidas, y tales instalaciones no serán objeto de ataque, a condición de que no se utilicen en las hostilidades, salvo en las acciones defensivas necesarias para responder a los ataques contra las obras o instalaciones protegidas, y de que su armamento se limite a armas que solo puedan servir para repeler acciones hostiles contra las obras o instalaciones protegidas

6 Se insta a las Altas Partes Contratantes y a las Partes en conflicto a que concierten entre sí otros acuerdos que brinden protección complementaria a los bienes que contengan fuerzas peligrosas

<sup>66</sup> En el comentario del CICR a esta disposición se explica que «los verbos "atacar", "destruir" "sustraer" e "inutilizar" se emplean a fin de abarcar todas las posibilidades, incluida la contaminación, mediante productos químicos u otros agentes, de los depósitos de agua» (CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Geneve du 12 août 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1986, pag. 673)

7 Para facilitar la identificación de los bienes protegidos por el presente artículo, las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 del Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo.<sup>67</sup>

33. En el artículo 14 del Protocolo II, que trata de la «Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil», se establece lo siguiente:

Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.<sup>68</sup>

34. En el artículo 15, sobre la «Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas», se prevé:

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.<sup>69</sup>

35. Como se ha señalado anteriormente (párr. 21 *supra*), el Sr. Evensen expresó cierta reserva respecto a la conveniencia de tratar, en el proyecto de artículos de la CDI, los temas considerados en los Protocolos de Ginebra de 1977. Al respecto, observó en particular que:

[ ] En vista de las grandes dificultades con que se enfrentó la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1977, cabe preguntarse si conviene que se introduzcan en el presente proyecto de convención cuestiones relativas al derecho aplicable en los conflictos armados [ ] Ello [ ] podría crear dificultades imprevistas en la labor de la Comisión [ ]<sup>70</sup>

### C.—Los artículos propuestos

36. Por las razones expuestas en la sección A del presente capítulo, los siguientes proyectos de artículos no se

<sup>67</sup> En el comentario del CICR a este artículo se recuerda la amplísima devastación que puede causar la destrucción de diques, presas y otras instalaciones

«[ ] En 1938, las autoridades chinas rompieron los diques del Río Amarillo, cerca de Chang-Chow, a fin de detener a las tropas japonesas, con el resultado de grandes pérdidas y daños generalizados. En 1944 [ ] en los Países Bajos, las tropas alemanas inundaron muchos millares de hectáreas de tierra agrícola con agua marina para impedir el avance del enemigo

»También durante la segunda guerra mundial se emprendieron ataques deliberados contra presas hidroeléctricas. Los más conocidos son los que destruyeron las presas del Eder y el Mohne en Alemania en mayo de 1943. Esas operaciones dieron como resultado daños considerables. 125 fábricas fueron destruidas o gravemente dañadas y además se perdieron 3 000 hectáreas de tierra cultivada para la cosecha de ese año, murieron 1 300 personas, incluidos algunos deportados y prisioneros aliados, y, por último, se perdieron 6 500 cabezas de ganado» (*Ibid.*, pag. 685)

<sup>68</sup> Los antecedentes y una explicación de esta disposición pueden hallarse en el comentario del CICR (*ibid.*, págs. 1477 y ss.)

<sup>69</sup> En el comentario del CICR sobre este artículo se señala que

«[ ] La lista es exhaustiva, lo que no significa que no haya otros tipos de obras o instalaciones cuya destrucción implicaría probablemente graves pérdidas en la población civil. Por ejemplo, durante la Conferencia Diplomática se planteó el problema de las instalaciones de almacenamiento de petróleo y productos derivados y de los pozos petrolíferos. Finalmente, sólo se pudo lograr un consenso sobre las instalaciones anteriormente enumeradas, aunque ese hecho no excluya la protección de otros tipos de instalaciones con arreglo a regímenes jurídicos internacionales diferentes» (*Ibid.*, pag. 1484)

<sup>70</sup> Véase el primer informe del Sr. Evensen, documento A/CN.4/367 (nota 3 *supra*), párr. 46

ocupan en detalle de la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas en tiempo de conflicto armado. El proyecto de artículo 27 se refiere a la seguridad de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas, en tanto que el proyecto de artículo 28 trata en general de su condición en tiempo de conflicto armado.

## PARTE X

### PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y LAS INSTALACIONES HIDRÁULICAS

#### *Artículo 27.—Protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas*

**1. Los Estados del curso de agua harán cuanto puedan por mantener y proteger los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas.**

**2. Los Estados del curso de agua iniciarán consultas con miras a concertar acuerdos o arreglos relativos a:**

**a) las condiciones y especificaciones generales para el establecimiento, el funcionamiento y el mantenimiento de las instalaciones, construcciones y otras obras;**

**b) el establecimiento de normas y medidas de seguridad adecuadas para la protección de los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas contra los riesgos y peligros debidos a fuerzas naturales o a actos dolosos o culposos.**

**3. Los Estados del curso de agua intercambiarán datos e información relativos a la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas y, en particular, respecto a las condiciones, especificaciones, normas y medidas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo.**

#### *Comentario*

1) Por las razones expuestas en el párrafo 1 del comentario relativo al proyecto de artículo 26, la numeración de la parte X y la del artículo 27 sólo es provisional.

2) En el párrafo 1 del proyecto de artículo 27 se exige que los Estados del curso de agua hagan «cuanto puedan» para mantener los cursos de agua internacionales, así como las instalaciones u obras conexas, en condiciones de seguridad y para protegerlos de sabotajes, por ejemplo, mediante envenenamiento o destrucción.

3) En contraste con el párrafo 1 del proyecto de artículo 26, en el párrafo 2 se requiere que los Estados del curso de agua inicien consultas aunque no lo solicite ningún Estado del curso de agua. Esta disposición es similar al párrafo 2 del proyecto de artículo comparable propuesto por el Sr. Evensen (art. 28)<sup>71</sup> y, a juicio del actual Relator Especial, es necesaria por las consecuencias desastrosas que podría tener el fallo de una instalación importante o la contaminación del abastecimiento de agua. Las consultas deben tender a lograr un acuerdo sobre cuestiones tales como las condiciones y especificaciones para la construcción y el mantenimiento de presas, como las previstas, por ejemplo, en el artículo 8 del Convenio de 1957 entre Suiza

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 186

e Italia relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spol<sup>72</sup>. En virtud del inciso *b* del párrafo 2, los Estados del curso de agua han de consultarse además respecto al establecimiento de normas y medidas de seguridad adecuadas en relación con «los riesgos y peligros debidos a fuerzas naturales o a actos dolosos o culposos». La disposición correspondiente presentada por el Sr. Evensen (art. 28, párr. 2 *b*) se refiere también a riesgos y peligros «creados por construcción defectuosa, mantenimiento insuficiente u otras causas». Esas cuestiones no figuran en el inciso *b* porque se estima que quedan comprendidas en los términos del inciso *a*.

4) Por último, en el párrafo 3 se requiere que los Estados del curso de agua intercambien datos e información relativos a la protección de los recursos hídricos y las instalaciones hidráulicas. Se mencionan especialmente las «condiciones» y «especificaciones», a que se hace referencia en el inciso *a* del párrafo 2, y las «normas» y «medidas de seguridad» citadas en el inciso *b*. Los Estados del curso de agua tienen un derecho legítimo a solicitar esa información por su interés más amplio en la protección de su población contra desastres, así como contra los daños debidos a la injerencia de cualquiera de los cada vez más frecuentes acuerdos bilaterales o multilaterales para el aprovechamiento del curso de agua, la utilización compartida de la energía, la conservación y la ordenación de los recursos vivos u otros similares.

**Artículo 28. — Condición de los cursos de agua internacionales y las instalaciones hidráulicas en tiempo de conflicto armado**

**Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas se usarán exclusivamente con fines pacíficos en consonancia con los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y disfrutarán de la condición de inviolabilidad en los conflictos armados tanto internacionales como internos.**

*Comentario*

1) El proyecto de artículo 28 sigue de cerca al proyecto de artículo 28 *bis* que presentó el Sr. Evensen en su segundo informe<sup>73</sup>. Se ha simplificado algo, pero se han conservado los elementos básicos.

<sup>72</sup> Véase parr 26 *supra*

<sup>73</sup> Véase nota 51 *supra*

2) Si bien la primera parte del proyecto de artículo 28, a saber, que los cursos de agua internacionales y las obras conexas deben usarse exclusivamente con fines pacíficos, se ajusta al artículo 56 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, no es evidente que este artículo le confiera carácter obligatorio<sup>74</sup>. Es igualmente incierto que la segunda parte del proyecto de artículo, a saber, que esos cursos de agua e instalaciones disfrutarán de la condición de inviolabilidad en los conflictos armados tanto internacionales como internos, sea requerida literalmente por el derecho internacional. De hecho, si bien se condena universalmente el envenenamiento del abastecimiento de agua, el corte del abastecimiento de agua del enemigo ha sido considerado permisible por Fauchille<sup>75</sup> y Oppenheim<sup>76</sup>, así como en el Manual de operaciones del ejército de los Estados Unidos, de 1956, al comentar el Reglamento anexo al Convenio [IV] de La Haya de 1907<sup>77</sup>. Sin embargo, la importancia y la escasez del agua dulce en el mundo actual son tales que el artículo propuesto por el Sr. Evensen tiene una fuerza irrefutable. Cabe añadir también a esas consideraciones los principios humanitarios en que se basan los Protocolos adicionales de Ginebra de 1977 —en particular, el principio de protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil<sup>78</sup>— y la noción de la inviolabilidad de los cursos de agua internacionales y las instalaciones conexas parece sin duda fundamental. Por consiguiente, el principio se presenta una vez más a la Comisión para su examen.

<sup>74</sup> En el párrafo 5 del artículo 56 (citado en parr 32 *supra*) se preve solo que «Las Partes en conflicto se esforzaran por no ubicar objetivos militares en la proximidad de las obras o instalaciones» que estén protegidas con arreglo al párrafo 1 del artículo

<sup>75</sup> Según Fauchille, es «permisible perforar los diques y destruir las esclusas» e «igualmente se puede desviar el curso de un río y cerrar las fuentes que alimentan al enemigo» (P Fauchille, *Traite de droit international publique*, 8ª ed revisada del *Manuel de droit international publique* de H Bonfils, Paris, 1921, tomo II, pag 123)

<sup>76</sup> Véase nota 60 *supra*

<sup>77</sup> En el Manual se establece (parr 37 *b*) que el párrafo *a* del artículo 23 del reglamento «no prohíbe que se adopten medidas para cegar manantiales, desviar ríos y acueductos de sus cursos », citado en Whiteman, *op cit* (nota 61 *supra*)

<sup>78</sup> El capítulo III (Bienes de carácter civil) del título VI (Población civil) del Protocolo adicional I se ocupa, en el artículo 54, de la «Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil» (citado en el parr 31 *supra*) No hay ninguna disposición relativa a los «recursos» indispensables para la supervivencia de la población civil, pero los «bienes» abarcan expresamente «las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego»

## CAPÍTULO III

### Aplicación de los artículos

#### A. — Introducción

37. Aunque no figuraron inicialmente en el esquema de temas restantes que se presentó a la Comisión en su cuarto informe<sup>79</sup>, el Relator Especial considera que las disposi-

ciones relativas a la aplicación de los artículos revisten gran importancia para el funcionamiento normal del futuro instrumento. Si bien el anexo propuesto (secc. B *infra*) se titula «Aplicación de los artículos», no pretende ocuparse de todos los aspectos de ese tema, ni debería intentarse hacerlo en un acuerdo marco. En lugar de ello sienta varios principios generales que habrían de facilitar la aplicación

<sup>79</sup> Documento A/CN.4/412 y Add 1 y 2 (véase nota 1 *supra*), parr 7

de los artículos, hacer más prontamente accesible la reparación a los particulares y ayudar a evitar las controversias entre los Estados de los cursos de agua.

38. El primero de esos principios es el de la no discriminación. El artículo 2 del anexo I prevé la aplicación del principio al exigir que los Estados del curso de agua asignen a los efectos extraterritoriales igual peso que a los internos al considerar la permisibilidad de las actividades relativas al sistema del curso de agua internacional. En el artículo 3 del anexo se requiere que las personas que hayan sufrido perjuicios en otros Estados cuenten con recursos en el sistema jurídico interno de los Estados del curso de agua. En el artículo 4 se dispone la igualdad de derechos de acceso de las personas que residan en otros Estados a los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes en un Estado del curso de agua que sea fuente de daños efectivos o potenciales. Para dar sentido a esta última disposición, en el artículo 5 se requiere que los Estados del curso de agua adopten medidas apropiadas a fin de suministrar información suficiente a las personas posiblemente afectadas en otros Estados para permitirles el ejercicio de sus derechos con arreglo al artículo 4. El artículo 6 versa sobre la inmunidad jurisdiccional y dispone que el Estado del curso de agua que haya causado daños a las personas de otros Estados no gozará respecto de esas personas de una inmunidad de jurisdicción mayor que la que goza respecto de sus propios ciudadanos. El artículo 7 establece el procedimiento aplicable en las reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes para examinar la aplicación del proyecto de artículos y desempeñar otras funciones. Por último, el artículo 8 establece los procedimientos de enmienda del proyecto de artículos por la Conferencia de las Partes. El Relator Especial reconoce que los artículos 7 y 8 del anexo I, como otros artículos de ese anexo, pueden muy bien formar parte del proyecto de artículos mismo en vez de figurar en un anexo. Si los ha incluido en el anexo, no ha sido por razones de fondo sino porque el esquema del proyecto de artículos aprobado por la Comisión no incluía disposiciones del tipo propuesto en este capítulo. No obstante, el Relator Especial recomienda que la Comisión examine la posibilidad de incluir las disposiciones contenidas en el anexo I en la parte principal del proyecto de artículos.

39. El Sr. Schwebel destacó las ventajas de contar con varios «escalones» de procedimientos para evitar y resolver diferencias<sup>80</sup>. Observó además que:

En algunos sistemas de cursos de agua internacionales ya ha cobrado bastante importancia una regla sobre el acceso, en un pie de igualdad, de los ciudadanos de Estados del mismo sistema a la información y a los procedimientos judiciales y administrativos —en otros términos, un asunto de igualdad de trato [ ]<sup>81</sup>

Una premisa importante del anexo propuesto es que, en la medida de lo posible, los problemas reales y en potencia de los cursos de agua deben resolverse en el plano privado, por conducto de los tribunales y de los órganos administrativos<sup>82</sup>. Además de apoyarse en políticas en que se basa la doctrina del agotamiento de los recursos

internos<sup>83</sup>, la solución en ese plano por lo general ofrecerá reparación a quienes hayan efectivamente sufrido daños más rápidamente que los procedimientos diplomáticos<sup>84</sup>, e impedirán que los problemas se agraven y se politicen innecesariamente. Además, un Estado puede tener renuencia a respaldar la reclamación de un individuo por temor a poner en peligro las relaciones con el Estado que el individuo sostenga que le ha causado daños. La disponibilidad de acceso de las personas naturales y jurídicas a los procedimientos judiciales y administrativos de otros Estados del curso de agua debería ayudar a evitar muchas controversias entre los propios Estados al resolver problemas en el plano de las partes más directamente afectadas. Si los procedimientos no son aplicables o si el problema no puede resolverse en ese plano, sin embargo, los Estados participantes contarían con los procedimientos que figuran en el anexo II sobre el arreglo de controversias.

## B.—El anexo propuesto

### ANEXO I

#### APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

##### Artículo 1.—Definición

**A los efectos del presente anexo, por «Estado de origen del curso de agua» se entenderá un Estado del curso de**

págs 192 y 193, *id.*, *Private Remedies for Transfrontier Environmental Disturbances*, IUCN Environmental Policy and Law Paper N° 8, Morges (Suiza), International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources, 1975, en especial págs 11 y 12. Véanse además A. Rest, *Convention sur l'indemnisation des dommages transfrontières causes a l'environnement*, *Beitrage zur Umweltgestaltung*, N° A 53, Berlin, Erich Schmidt, 1976 [en alemán, francés e inglés], y *Lufverschmutzung und Haftung in Europa*, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 1986

<sup>83</sup> Según Brownlie

«[ ] Esta es una norma que se justifica por consideraciones de orden práctico y político y no solo por la necesidad lógica derivada del derecho internacional en su conjunto. Las consideraciones prácticas más convincentes que se han utilizado son la mayor conveniencia de los tribunales nacionales en cuanto foros para ventilar las reclamaciones de individuos y corporaciones, la necesidad de evitar la multiplicación de demandas de menor cuantía en el plano de la protección diplomática, la forma en que los extranjeros por residencia y actividad comercial se han asociado a la jurisdicción local y la utilidad de un procedimiento que pueda llevar a la clasificación de los hechos y la liquidación de los daños [ ]» (I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, pag. 496)

Si bien esta doctrina se ha aplicado en la mayoría de los asuntos relativos a demandas contra el Estado en que se hayan producido los daños, parecería aplicable también a los asuntos en que la acción de un Estado hubiera provocado daños al demandante en otro Estado

«[ ] La política en que se basa la exigencia consuetudinaria de que las partes lesionadas agoten todos los recursos internos antes de recabar la asistencia gubernamental es particularmente apropiada en esta situación, ya que la actividad ofensiva con frecuencia está ubicada en la misma región ecológica que la parte lesionada y próxima a ella» (McCaffrey, «Trans-boundary pollution injuries», *loc cit* [nota 82 *supra*], pag. 191)

<sup>84</sup> Por ejemplo, en el asunto de *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, entre los Estados Unidos de América e Italia, los hechos que dieron lugar al asunto —sobre todo el embargo de la planta de ELSI por el Alcalde de Palermo— tuvieron lugar en 1968, la demanda del Gobierno de los Estados Unidos fue presentada inicialmente al Gobierno de Italia en 1974, y la Sala de la CIJ dictó su fallo el 20 de julio de 1989 (*C.I.J. Recueil 1989*, pag. 15, en especial pag. 32, párrs. 30 y 33)

<sup>80</sup> Documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), párrs. 478 y 479

<sup>81</sup> *Ibid.*, párr. 515

<sup>82</sup> En el contexto de los daños causados por la contaminación transfronteriza se abunda en esta tesis en S. C. McCaffrey, «Trans-boundary pollution injuries: Jurisdictional considerations in private litigation between Canada and the United States», *California Western International Law Journal*, San Diego (Cal.), vol. 3, 1973, pag. 191, y, en especial,

agua dentro del cual se realicen actividades o se planifiquen actividades que afecten o puedan afectar un [sistema de] curso de agua internacional y que den lugar o puedan dar lugar a daños apreciables en otro Estado del curso de agua.

#### Comentario

1) La definición de «Estado de origen del curso de agua» se basa en la definición de «país de origen» que figura en el anexo de la recomendación del Consejo de la OCDE, de 17 de mayo de 1977, sobre aplicación de un régimen de igual acceso y no discriminación con respecto a la contaminación transfronteriza, de 17 de mayo de 1977<sup>85</sup>, en la que se dispone lo siguiente:

e) Por «país de origen» se entenderá todo país dentro del cual se origine o pueda originar contaminación transfronteriza en relación con actividades realizadas o que se proyecte realizar en ese país, y a cuya jurisdicción estén sujetas esas actividades<sup>86</sup>

2) La expresión «actividades» se utiliza en su sentido amplio, refiriéndose a todo uso de las tierras o las aguas, incluidas las «medidas» en los términos de la parte III del proyecto de artículos, relativa a las «Medidas proyectadas». Se utilizó la expresión «actividades» en lugar de «medidas» porque ésta no se consideró lo suficientemente amplia para abarcar todos los usos que podrían comprenderse. Se ha utilizado además la expresión «actividades» en el proyecto de artículos sobre la «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»<sup>87</sup>.

#### Artículo 2. — No discriminación

Al considerar la permisibilidad de actividades propuestas, proyectadas o existentes, los efectos perjudiciales que esas actividades entrañen o puedan entrañar en otro Estado se equiparán con los efectos perjudiciales en el Estado del curso de agua en que las actividades se realicen o puedan realizarse.

#### Comentario

1) El proyecto de artículo 2 se basa en el artículo 2 del Convenio sobre la protección del medio ambiente de 19 de febrero de 1974<sup>88</sup> («Convenio Nórdico»), en el que se dispone lo siguiente:

<sup>85</sup> Recomendación C(77)28 (Final) [OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, págs 171 y ss] Véase en general S Van Hoogstraten, P Dupuy y H Smets, «L'égalité d'accès pollution transfrontière», *Environmental Policy and Law*, Lausana, 1976, vol 2, pag 77

<sup>86</sup> La contaminación transfronteriza se define en el anexo de la recomendación de la OCDE en los siguientes términos

«c) «Contaminación transfronteriza» toda contaminación intencionada o no cuyo origen físico este sujeto a la jurisdicción nacional de un país o situado en todo o en parte dentro del territorio sujeto a esa jurisdicción, y que surta efectos en la esfera sujeta a la jurisdicción nacional de otro país» (OCDE, *op cit*, pag 172)

<sup>87</sup> Se usa la expresión «actividades» en todo el proyecto de artículos propuesto en el quinto informe del Relator Especial sobre el tema, Sr Barboza, aunque no se define. Por ejemplo, en el artículo 1 de ese proyecto se dispone en parte «Los presentes artículos se aplicaran a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado» (*Anuario 1989*, vol II [primera parte], pag 142, documento A/CN.4/423, párr 16)

<sup>88</sup> Respecto de este Convenio, veanse en general A Ch Kiss, «La con-

#### Artículo 2

Al considerar la permisibilidad de las actividades ambientalmente nocivas, las molestias que tales actividades entrañen en otro Estado contratante se deben equiparar a las molestias en el Estado en que se realizan las actividades

2) La finalidad del artículo 2 es doble: aplicar el principio general de la no discriminación y suministrar una base jurídica para la consideración administrativa de los efectos extraterritoriales de las actividades proyectadas. Esta disposición aplica el principio de la no discriminación<sup>89</sup> al requerir que, en la regulación de actividades existentes o posibles, las autoridades de un Estado del curso de agua traten todo efecto perjudicial que esas actividades pudieran tener en otros Estados de la misma manera que tratarían esos efectos si fueran internos. Por ejemplo, si la legislación del Estado A requiere que la autoridad competente considere los efectos perjudiciales de una actividad propuesta para determinar si se otorga una licencia de funcionamiento, el artículo 2 propuesto requeriría que se ponderen de la misma manera todos los efectos perjudiciales que la actividad provocaría en el Estado B en el proceso de adopción de decisiones como efectos perjudiciales en el propio Estado A. Al hacer obligatoria la consideración de los efectos extraterritoriales desde el comienzo del proceso de otorgamiento de licencia, ese requisito ayudaría también a reducir la posibilidad de desacuerdo entre los Estados del curso de agua como consecuencia de la aplicación de las disposiciones de la parte III del proyecto de artículos, que se refiere a las medidas proyectadas.

3) La segunda finalidad del proyecto de artículo 2 consiste en dar una base jurídica para la consideración por las autoridades administrativas de las observaciones de personas que residan en otros Estados o realicen actividades en ellos. Esas observaciones se prevén a continuación en el proyecto de artículo 4. En muchos ordenamientos jurídicos las autoridades administrativas están facultadas para considerar solamente los efectos que puedan producirse dentro del Estado cuya legislación los prevé. Sin embargo, el derecho de los extranjeros a participar en los procedimientos administrativos no tendría sentido si el órgano en cuestión careciera de facultades para considerar los efectos extraterritoriales. En consecuencia, el proyecto de artículo 2 requeriría que los Estados del curso de agua otorgaran facultades a sus autoridades administrativas competentes para que tuvieran en cuenta, al evaluar la permisibilidad de las actividades propuestas, los efectos que se producen o se puedan producir en otros Estados.

vention nordique sur l'environnement», *Annuaire français de droit international 1974*, Paris, tomo 20, pag 808, y C Flinterman, B Kwiatkowska y J G Lammers, eds, *Transboundary Air Pollution*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, cap 8 por B Broms, y cap 9 por Ch Phillips

<sup>89</sup> Véase OCDE, «La non-discrimination en matière de pollution transfrontière», Paris, 1978 Véase además el Proyecto de principios de conducta del PNUMA en el campo del medio ambiente (nota 22 *supra*), cuyo Principio 13 prevé

#### «Principio 13

»Es necesario que los Estados, al considerar, con arreglo a su política ambiental nacional, la admisibilidad de las actividades internas, tengan en cuenta los posibles efectos perjudiciales sobre el medio ambiente que resulten de la utilización de los recursos naturales compartidos, sin hacer discriminaciones por el hecho de que esos efectos se produzcan dentro de su jurisdicción o fuera de ella»

4) La referencia a los efectos perjudiciales «en otro Estado» indica que no son sólo esos efectos en otros Estados *del curso de agua* los que se deben tener en cuenta, sino los que se produzcan en otros Estados distintos de aquel en que la actividad esté o pueda estar situada. Esta disposición sería aplicable, por ejemplo, a un caso en que los contaminantes vertidos en un curso de agua internacional afectaran en definitiva a personas o bienes en un Estado ribereño, o en su medio ambiente, que no fuera un Estado del curso de agua.

5) Como en el caso del artículo 12, aprobado provisionalmente en 1988, la expresión «efectos perjudiciales» tiene por objeto referirse a los efectos que no tengan necesariamente el nivel de «daño apreciable» en los términos del artículo 8, también aprobado provisionalmente en 1988. Sin embargo, la expresión «efectos perjudiciales» se utiliza en un sentido incluso más genérico que el de «efecto perjudicial apreciable» en el proyecto de artículo 12, ya que todo tipo de consecuencias negativas que el órgano administrativo pueda considerar con arreglo a su legislación, que puede ir más allá de las «apreciables», debe estar comprendido en el proyecto de artículo 2.

### Artículo 3.—Recursos previstos en el derecho interno

1. Los Estados del curso de agua velarán por que existan recursos con arreglo a sus sistemas jurídicos para otorgar indemnización pronta y adecuada u otro tipo de reparación respecto de los daños apreciables causados o amenazados en otros Estados por las actividades realizadas o proyectadas por personas naturales o jurídicas de su jurisdicción.

2. Con el objeto de asegurar indemnización pronta y adecuada u otro tipo de reparación respecto de los daños apreciables mencionados en el párrafo 1, los Estados del curso de agua cooperarán en la aplicación del derecho internacional vigente y en el mayor desarrollo del derecho internacional relativo a la responsabilidad respecto de la evaluación de los daños y su indemnización y el arreglo de las controversias conexas, así como, cuando corresponda, la formulación de criterios y procedimientos para el pago de indemnización adecuada, como seguros obligatorios o fondos de indemnización.

### Comentario

1) El párrafo 1 se basa en el párrafo 2 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, cuyo texto es el siguiente:

2 Los Estados aseguraran que sus sistemas juridicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnizacion u otra reparacion de los daños causados por la contaminacion del medio marino por personas naturales o juridicas bajo su jurisdiccion

2) El requisito del párrafo 1 de que se ofrezca indemnización «u otra reparación» respecto de los daños provocados o «amenazados» en otros Estados tiene por objeto aplicarse en particular a los casos en que la adopción de medidas en un Estado del curso de agua plantee la probabilidad importante de causar daño apreciable en otro Estado. En tales casos, las personas amenazadas con daños en el segundo Estado han de tener derecho, en la misma medida que las personas del primer Estado, a re-

cabar una orden de no innovar u otra medida semejante<sup>90</sup> por conducto de las autoridades judiciales o administrativas competentes del primer Estado a fin de impedir el daño. Es en ese sentido que la frase «u otro tipo de reparación» se utiliza en el párrafo 1. La disposición del párrafo requiere que ese recurso se ofrezca a quienes puedan resultar afectados en otros Estados.

3) Como en el caso del proyecto de artículo 2 del presente anexo, la referencia a daño apreciable en «otros Estados» indica que no sólo se deben ofrecer los recursos respecto de los daños en los Estados del curso de agua<sup>91</sup>. De esta manera, si una persona que realiza actividades en el Estado A, un Estado del curso de agua, ha vertido sustancias en el curso de agua que en definitiva provocarán contaminación apreciable al operador de una actividad en el mar territorial del Estado B, el artículo 3 exigiría que el primer Estado ofreciera al operador un recurso.

4) El párrafo 2 se basa en el párrafo 3 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, cuyo texto es el siguiente:

3 A fin de asegurar una pronta y adecuada indemnizacion de todos los daños resultantes de la contaminacion del medio marino, los Estados cooperaran en la aplicacion del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a las responsabilidades y obhgaciones relacionadas con la evaluacion de los daños y su indemnizacion y a la solucion de las controversias conexas, asi como, cuando proceda, a la elaboracion de crterios y procedimientos para el pago de una indemnizacion adecuada, tales como seguros obligatorios o fondos de indemnizacion

5) El párrafo 2 tiene por objeto destacar la importancia de la aplicación y el ulterior desarrollo por los Estados del derecho sustantivo y procesal relativo a los recursos en materia de daños transfronterizos ocasionados o amenazados por actividades relacionadas con las aguas. El párrafo 2 se refiere en particular a la aplicación y ulterior desarrollo de: a) normas jurídicas internacionales relativas a la indemnización, u otro tipo de reparación, por los daños derivados de las violaciones de los artículos del futuro instrumento, y b) procedimientos y mecanismos para la evaluación de los daños y el pago de la indemnización. Esos objetivos podrían cumplirse mediante reuniones e instrumentos bilaterales, regionales o multilaterales encaminados a facilitar el establecimiento de recursos adecuados respecto de los daños causados a personas, bienes o el medio ambiente. Los Estados de los cursos de agua deberían tratar de eliminar todos los obstáculos sustantivos o procesales para obtener reparación por conducto de los tribunales o de órganos administrativos y asegurar la disponibilidad de indemnización por medios como los seguros obligatorios o fondos para la indemnización de las partes lesionadas. La expresión «u otro tipo de reparación» tiene por objeto incluir no sólo las órdenes de no innovar del tipo anteriormente descrito, sino además la rehabilitación<sup>92</sup> y la limpieza ambientales.

<sup>90</sup> Tal como se utiliza en este caso, la expresion «orden de no innovar» incluye una orden en el sentido de que una actividad no comience o que se detenga, o que se adopten medidas para eliminar la contaminacion o rehabilitar bienes, ecosistemas o vida vegetal o animal dañados. La expresion «orden de no innovar» se ha utilizado para traducir la expresion inglesa «injunction», que se define como una orden judicial «que opera in personam, y que requiere que la persona contra la cual va dirigida haga o se abstenga de hacer una cosa determinada» (*Black's Law Dictionary*, 5<sup>a</sup> ed., St. Paul [Minn.], West Publishing Co., 1979, pag. 705)

<sup>91</sup> Véase *supra* parr. 4 del comentario al proyecto de artículo 2.

<sup>92</sup> Se examina la expresion «rehabilitacion» *infra*, en el comentario al proyecto de artículo 4.

#### Artículo 4. — Igualdad de acceso a los procedimientos

1. El Estado de origen del curso de agua velará por que cualquier persona de otro Estado que haya sufrido un daño considerable o esté expuesta a un riesgo importante a consecuencia de aquél reciba un trato que sea por lo menos tan favorable como el otorgado en el Estado de origen del curso de agua en casos de daños apreciables de carácter interno y en comparables circunstancias, a personas de situación o condición equivalentes.

2. El trato a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo incluye el derecho a participar en todos los procedimientos administrativos y judiciales del Estado de origen del curso de agua que puedan utilizarse para prevenir daños o contaminación en el ámbito interno o para obtener compensación por cualquier daño que se haya sufrido o la rehabilitación de cualquier degradación ambiental, o el derecho a recurrir a esos procedimientos.

#### Comentario

1) El párrafo 1 se basa en los principios relativos a la contaminación transfronteriza que figuran en el anexo de la recomendación C(77)28, adoptada el 17 de mayo de 1977 por el Consejo de la OCDE, sobre la aplicación de un régimen de igualdad de derechos de acceso y de no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza. El inciso a del párrafo 4 de dichos principios dispone lo siguiente:

4 a) Los países de origen garantizarán que toda persona que haya sufrido daños a causa de contaminación transfronteriza o este expuesta a un riesgo importante de contaminación transfronteriza, reciba por lo menos un trato equivalente al otorgado en el país de origen en casos de contaminación interna y en circunstancias comparables a personas de situación o condición equivalentes<sup>93</sup>

2) Derechos análogos se garantizan en el Convenio Nórdico sobre la protección del medio ambiente, de 1974, cuyo artículo 3 establece lo siguiente:

#### Artículo 3

Toda persona que resulte afectada o pueda resultar afectada por un daño causado por actividades ambientalmente nocivas en otro Estado contratante tendrá derecho a plantear ante el tribunal o la autoridad administrativa competentes de ese Estado la cuestión de la permisibilidad de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir daños, y a apelar contra la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa en la misma medida y en las mismas condiciones que una entidad jurídica del Estado en el que se estén realizando las actividades

Lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo se aplicará también en el caso de procedimientos relativos a la indemnización por daños causados por actividades ambientalmente nocivas. La cuestión de la indemnización no se juzgará por normas que sean menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en el que se estén realizando las actividades<sup>94</sup>

<sup>93</sup> OCDE, *op cit* (vease nota 85 *supra*), pag 173

<sup>94</sup> Vease también el Proyecto de principios de conducta del PNUMA en el campo del medio ambiente (nota 22 *supra*), cuyo principio 14 dice lo siguiente

#### «Principio 14

»Los Estados, de acuerdo con sus respectivos ordenamientos jurídicos y, cuando proceda, de modo convenido por ellos, deberían tratar de facilitar a las personas residentes en otros Estados, que se hayan visto o puedan verse perjudicadas por daños ambientales ocasionados por la

3) En el artículo 8 de sus Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas en su 60.ª Conferencia, celebrada en Montreal en 1982, la Asociación de Derecho Internacional pidió a los Estados que dieran acceso a los procedimientos administrativos y judiciales a las personas perjudicadas sin discriminación:

#### Artículo 8

Los Estados establecerán los remedios jurídicos a que podrán recurrir las personas que sufran o puedan sufrir los efectos perjudiciales de la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional. En particular, los Estados otorgarán a esas personas, sin discriminación, el acceso a las instituciones administrativas y judiciales de los Estados en cuyo territorio se haya originado la contaminación, y regularán, por acuerdo o de otro modo, cuestiones como la jurisdicción de los tribunales, la ley aplicable y la ejecución de las sentencias<sup>95</sup>

4) Al igual que en el caso de los proyectos de artículos 2 y 3 del presente anexo, la referencia al daño apreciable «en otros Estados» indica que el derecho al recurso no se limita solamente al daño causado en otros Estados del curso de agua<sup>96</sup>.

5) El párrafo 2 se basa también en los principios relativos a la contaminación transfronteriza que figuran en el anexo de la recomendación C(77)28, adoptada el 17 de mayo de 1977 por el Consejo de la OCDE, cuyo inciso b del párrafo 4 prevé lo siguiente:

b) Desde un punto de vista de procedimiento, el presente trato incluye el derecho a participar en todos los procedimientos administrativos y judiciales existentes en el país de origen para evitar la contaminación interna, para que esta se reduzca y/o para obtener indemnización por los daños causados, y el derecho a recurrir a esos procedimientos<sup>97</sup>

6) En lo que respecta al medio ambiente, se utiliza el término «rehabilitación», ya que en sentido estricto no sería

utilización de recursos naturales compartidos, posibilidades equivalentes de acceso a los mismos procedimientos administrativos y judiciales, así como de trato en tales procedimientos, de que puedan beneficiarse las personas sometidas a su jurisdicción análogamente afectadas, y poner a su disposición los mismos recursos legales de que dispongan dichas personas»

<sup>95</sup> ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, pag 544

<sup>96</sup> Vease las explicaciones dadas en el párrafo 4 del comentario al artículo 2 y en el párrafo 3 del comentario al artículo 3

<sup>97</sup> OCDE, *op cit* (vease nota 85 *supra*), pag 173

En lo que respecta a un caso en el que se autorizó a un ciudadano de otro país a constituirse en parte en procedimientos administrativos y judiciales, vease el caso *Emsland* (1986), en el que se facultó a un ciudadano holandés para recurrir a los procedimientos administrativos de la República Federal de Alemania. Los procedimientos se referían a la autorización para la construcción de una central de energía nuclear (la central Emsland) en el lado alemán de la frontera, a 25 kilómetros de la residencia del demandante en los Países Bajos. El demandante impugnaba la suficiencia de las medidas de seguridad y precaución de la central, vease la decisión del Tribunal Administrativo Federal de la República Federal de Alemania, de 17 de diciembre de 1986 (*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*, Berlín, 1987, vol 75, pag 285). Según un artículo dedicado a este caso, el Tribunal observó que los Estados estaban obligados a prevenir, reducir y controlar la contaminación para evitar daños a territorio extranjero, en consecuencia, al autorizar la instalación de centrales de energía nuclear en una zona fronteriza, las autoridades deben estar seguras de que se aplican las estrictas normas de la legislación federal sobre la energía atómica por lo que respecta a intereses extranjeros. La concesión de igualdad de derechos de acceso es otro medio más de garantizar el cumplimiento de esta obligación de derecho internacional consuetudinario [Flormann, «Nuclear power plant at the border. The right of a Netherlands citizen before the Administrative Court of West Germany», *Transboundary Resources Report*, Albuquerque (N M), vol 3, N° 3, 1989]

posible la «restauración» del medio ambiente<sup>98</sup>. El término incluiría, por ejemplo, la limpieza de derrames de petróleo o productos químicos, el tratamiento de la fauna afectada por esos derrames y el restablecimiento, en la medida de lo practicable, de los sistemas naturales, inclusive el hábitat y las zonas de desove. Cuando no sea factible o deseable que el responsable de la actividad nociva realice las labores de rehabilitación en el territorio del Estado afectado, debería disponerse de otras opciones, tales como la indemnización de los costos en que hayan incurrido las personas o entidades afectadas en aquel Estado.

### Artículo 5.—Información

1. El Estado de origen del curso de agua adoptará las medidas apropiadas para facilitar a las personas de otros Estados que estén expuestas a un riesgo considerable de daño apreciable suficiente información para que puedan ejercer oportunamente los derechos mencionados en el párrafo 2 de este artículo. En la medida de lo posible, habida cuenta de las circunstancias, esa información será equivalente a la proporcionada en el Estado de origen del curso de agua en casos comparables de orden interno.

2. Los Estados del curso de agua designarán a una o más autoridades que recibirán y difundirán la información mencionada en el párrafo 1 con tiempo suficiente para que se pueda intervenir de manera eficaz en los procedimientos existentes en el Estado de origen del curso de agua.

### Comentario

1) El proyecto de artículo 5 tiene por objeto contribuir a la aplicación de los principios de no discriminación e igualdad de trato. Sin información, las personas afectadas de hecho o que puedan resultar afectadas en otros Estados no podrán determinar quién es el causante de los daños y obtener reparación de ese causante. La importancia del acceso a la información se reconoce, por ejemplo, en el informe relativo a las conclusiones y recomendaciones de la Reunión sobre la Protección del Medio Ambiente de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, celebrada en Sofía en noviembre de 1989<sup>99</sup>. Según ese informe:

<sup>98</sup> En el asunto de *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia)*, que se planteó ante la CIJ (solicitud de 19 de mayo de 1989), Nauru sostuvo que

«Australia, al no haber adoptado ninguna disposición [ ] para la rehabilitación\* de las tierras fosfáticas explotadas bajo administración australiana [ ], no ha cumplido las normas internacionales reconocidas en lo que respecta a la aplicación del principio de la libre determinación» (Parr 45)

Aparte de la libre determinación, Nauru basaba su reclamación en las teorías del abuso de derecho (parr 47) y de la denegación de justicia (parr 46). Nauru alegó, entre otras cosas, que Australia tiene una obligación de resarcir que «se extiende a volver a dejar en situación razonable\* aquellas partes de la isla [ ] para habitación del pueblo de Nauru como nación soberana» (Parr 49)

<sup>99</sup> Documento CSCE/SEM 36/Rev 1, Sofía, 3 de noviembre de 1989. Véase asimismo el informe de la Comisión Económica para Europa sobre la Conferencia de Bergen (8 a 16 de mayo de 1990), presentado al Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en su primer período de sesiones (Nairobi, agosto de 1990) [A/CONF 151/PC/10]. El anexo I de dicho informe contiene la «Declaración Ministerial de Bergen sobre el desarrollo sostenible en la región de la CEPE», cuya sección V está dedicada a la «Promoción de conciencia y participación del público»

Los Estados participantes reafirman su respeto del derecho que compete a las personas, los grupos y las organizaciones que se ocupan de los problemas ecológicos [ ] de obtener, publicar y difundir informaciones relativas a esos problemas sin tropezar con obstáculos jurídicos y administrativos contrarios a las disposiciones de la CSCE [ ]

Los Estados participantes se comprometen asimismo a promover

[ ] la reproducción, la difusión y el intercambio de informaciones y de datos, así como de los documentos audiovisuales e impresos, relativos a los problemas ecológicos, y [a facilitar] el acceso del público a esas informaciones, datos y documentos

La Comunidad Europea ha reconocido un derecho de acceso análogo del público a la información ecológica<sup>100</sup>. Se prevé asimismo el acceso de los particulares a la información en un proyecto de normas sobre compensación por daños resultantes de actividades peligrosas que ha sido preparado bajo los auspicios del Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa<sup>101</sup>. Esas normas disponen que «cualquier persona» tendrá acceso a información de que dispongan las autoridades públicas o cualquier operador que realice una actividad peligrosa, entre otros casos, cuando esa información sea necesaria para la formulación de una reclamación de indemnización en virtud de esas normas<sup>102</sup>. Tanto en el caso de las autoridades públicas como en el de los operadores se aplican ciertas restricciones. Según el Comité de Expertos, el fundamento para conceder a las personas lesionadas acceso a la información en manos de autoridades públicas o de operadores se expuso, en parte, como sigue:

[ ] Las personas lesionadas [ ] se encuentran en mejor situación para evaluar la cuantía del daño y para determinar una relación causal si tuviesen acceso a la información sobre el medio ambiente de que disponen las autoridades públicas [ ]<sup>103</sup>

<sup>100</sup> El Consejo de las Comunidades Europeas adoptó el 7 de junio de 1990 una Directiva sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. El objeto de la Directiva es garantizar la libertad de acceso y la difusión de la información sobre el medio ambiente que este en poder de las autoridades públicas, así como establecer las condiciones básicas en que se pondrá a disposición dicha información (art 1). Con sujeción a ciertas reservas, las autoridades públicas están obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona este obligada a probar un interés determinado (art 3) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, N° L 158, 23 de junio de 1990, pag 56)

El derecho interno de varios Estados exige también que se comuniquen al público las actividades que entrañen un riesgo considerable de causar daño apreciable. Al respecto, se puede citar como ejemplo la ley de los Estados Unidos de América, de 17 de octubre de 1986, titulada Emergency Planning and Community Right-to-know Law (*United States Code, 1988 Edition*, vol 17, título 42, arts 11001 a 11050)

<sup>101</sup> El proyecto de normas y el comentario adjunto a ellas fueron preparados por el Comité de expertos sobre indemnización por daños causados al medio ambiente. Véase Consejo de Europa, nota del Secretario General preparada por la Dirección de Asuntos Jurídicos [CDCJ (89) 60], Estrasburgo, 8 de septiembre de 1989

<sup>102</sup> Norma 11 (Acceso a la información en manos de autoridades públicas) y norma 12 (Acceso a la información en manos de los operadores) [*ibid*, págs 29 y 30]. Esas dos normas, en particular la norma 12, se califican en el informe como «un primer intento de conjugar diversas ideas apuntadas en el Comité y el Grupo de Trabajo» (*ibid* pag 15, parr 46)

<sup>103</sup> *Ibid*, pag 16, parr 46. Por otra parte,

«[ ] algunos expertos consideraron más adecuado confiar a un «organismo de protección del medio ambiente» la tarea de recoger cualquier información pertinente al establecimiento de los hechos de un caso y poner dicha información a disposición de los tribunales y de las partes interesadas» (*Ibid*)

Si bien una propuesta de esa naturaleza estaría bien fundamentada, no todos los Estados del curso de agua dispondrán de un organismo semejante y exigir que se estableciese rebasaría el alcance del presente proyecto de artículos

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 5 se basa en los principios relativos a la contaminación transfronteriza, contenidos en el anexo de la recomendación C(77)28, adoptada el 17 de mayo de 1977 por el Consejo de la OCDE, que establecen en el apartado a del párrafo 9 que:

9 a) Los países de origen deberán adoptar todas las medidas apropiadas a fin de que las personas expuestas a un riesgo considerable de contaminación transfronteriza dispongan de información suficiente que les permita ejercer oportunamente los derechos mencionados en la presente recomendación. En la medida de lo posible, esa información deberá ser equivalente a la proporcionada en el país de origen en casos de contaminación interna comparables<sup>104</sup>

La expresión «personas de otros Estados» se utiliza en el mismo sentido que en artículos anteriores del presente anexo.

3) El párrafo 2 también se basa en los mencionados principios relativos a la contaminación transfronteriza, en cuyo apartado b del párrafo 9 se dispone lo siguiente:

b) Los países expuestos<sup>105</sup> deberán designar a una o más autoridades que tendrán la obligación de recibir y la responsabilidad de difundir esa información ajustándose a plazos de tiempo compatibles con el ejercicio de los procedimientos existentes en el país de origen

#### Artículo 6.—Inmunidad jurisdiccional

**1. El Estado de origen del curso de agua gozará de inmunidad jurisdiccional respecto de los procedimientos emprendidos en aquel Estado por personas lesionadas en otros Estados solamente en la medida en que disfrute de esa inmunidad respecto de procedimientos incoados por sus propios nacionales y residentes habituales.**

**2. Los Estados del curso de agua velarán, mediante la adopción de medidas apropiadas, por que sus organismos y agentes actúen de una manera consecuente con los presentes artículos.**

#### Comentario

1) El proyecto de artículo 6 se basa en el principio de la no discriminación. Garantizaría que las personas que sufrieran daños a causa de actividades de entidades estatales o dirigidas por el Estado tendrían los mismos derechos a resarcimiento de esas entidades tanto si viven, u operan, en el Estado de origen del curso de agua como si lo hacen en otro Estado. El párrafo 1 establece esta norma general. La palabra «procedimientos» abarca aquellos en los que el autor de la queja o la petición pide «medidas coercitivas» en el sentido en que se utiliza esta expresión en la parte IV del proyecto de artículos de la Comisión sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> OCDE, *op cit* (nota 85 *supra*), pag 174

<sup>105</sup> La expresión «país expuesto» se define como «todo país afectado por contaminación transfronteriza o expuesto a un riesgo importante de contaminación transfronteriza» (*ibid*, pag 172)

<sup>106</sup> *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), pag 11 Otro enfoque consistiría en tratar las medidas coercitivas en un párrafo independiente, cuyo tenor podría ser el siguiente

«El Estado de origen del curso de agua gozará de inmunidad jurisdiccional respecto de procedimientos emprendidos en aquel Estado por personas dañadas en otros Estados, en los que esas personas reclamen medidas coercitivas, solamente en cuanto el Estado goce de dicha inmunidad cuando esas medidas sean reclamadas por nacionales o residentes habituales del Estado que es propietario de las empresas o que las dirige»

2) A los efectos del presente artículo, la expresión «Estado de origen del curso de agua» abarca no sólo a los órganos de dicho Estado, sino también a sus organismos, empresas y otros agentes. Se utiliza en el mismo sentido que el término «Estado» en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>107</sup>. La expresión «otros Estados» se utiliza en el mismo sentido que en anteriores artículos del presente anexo.

3) La expresión «nacionales y residentes habituales» se refiere a personas naturales y jurídicas que residen o realizan negocios en el Estado de origen del curso de agua. La expresión «residencia habitual» se utiliza en las Convenciones de La Haya sobre derecho internacional privado para armonizar el significado del concepto de «domicilio» en los diversos países que se rigen por el derecho civil y por el *common law* que son partes en esas convenciones<sup>108</sup>.

4) El párrafo 2 se basa en el artículo 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, que dispone lo siguiente:

#### Artículo 236 — Inmunidad soberana

Las disposiciones de esta Convención relativas a la protección y preservación del medio marino no se aplicarán a los buques de guerra, naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Sin embargo, cada Estado velará, mediante la adopción de medidas apropiadas que no obstaculicen las operaciones o la capacidad de operación de tales buques o aeronaves que le pertenezcan o que utilice, por que tales buques o aeronaves procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con las disposiciones de esta Convención

Aunque el propósito del párrafo 2 no es idéntico al del artículo 236 de la Convención, ambas disposiciones subrayan la importancia de los esfuerzos realizados por los Estados para garantizar que sus organismos y agentes cumplan con las obligaciones de que se trata. No obstante, a diferencia del artículo 236, el párrafo 2 se aplica incluso en el caso de que el organismo o agente de que se trate goce de inmunidad jurisdiccional. Si bien la necesidad de una disposición de esta naturaleza es tal vez mayor cuando existe inmunidad jurisdiccional, de la ausencia de esa inmunidad no se desprende forzosamente que las entidades estatales actúen consecuentemente con sus obligaciones o que las personas dañadas en otros Estados vayan a obtener resarcimiento. Hay una serie de posibles obstáculos para obtener resarcimiento incluso cuando no hay inmunidad —por ejemplo, el costo de entablar procedimientos, reunir pruebas y demostrar la causalidad<sup>109</sup>— que pueden

El Relator Especial estima demasiado complicado este enfoque y por consiguiente decidió limitarse a dejar claro en el comentario que la palabra «procedimientos» incluye aquellos en que se reclaman medidas coercitivas contra el Estado de origen del curso de agua

<sup>107</sup> Véase la disposición interpretativa relativa al término «Estado» en el párrafo 1 del artículo 3 de ese proyecto de artículos, aprobado en primera lectura en 1986 (*Anuario 1986*, vol II [segunda parte], pag 9)

<sup>108</sup> Véase, por ejemplo, el art 5 de la Convención de 15 de junio de 1955 relativa a la solución de los conflictos entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio

<sup>109</sup> Véase, en términos generales, McCaffrey, «Expediting the provision of compensation to accident victims», en G Handl y R E Lutz, eds, *Transferring Hazardous Technologies and Substances The International Legal Challenge*, Londres, Graham & Trotman, 1990, págs 199 y ss, y «Accidents do happen Hazardous technology and international tort liti-

tener en última instancia el mismo efecto que la norma de inmunidad. Esto pone de manifiesto la importancia de la prevención, que corresponde al Estado de origen del curso de agua. Por estas razones, no parece necesario ni conveniente limitar la obligación enunciada en el párrafo 2 a situaciones en las que existe inmunidad.

5) A los fines del párrafo 2, la expresión «organismos y agentes» abarca a las empresas propiedad del Estado de origen del curso de agua o cuyas operaciones dirige. A este respecto téngase también en cuenta el párrafo 2 del comentario al presente proyecto de artículo.

6) Cabe tal vez hacer una breve referencia a la relación entre el presente proyecto de artículo 6 y el artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en primera lectura<sup>110</sup>. El artículo 13 dispone en la parte pertinente que:

[ ] la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado [ ] en ningún proceso relativo a una acción de indemnización por causa de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, si el acto o la omisión que se alegue ser atribuible al Estado y que haya causado la muerte, las lesiones o el daño se ha producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión

El proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes trata tan sólo de la inmunidad de un Estado respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. Por lo tanto, sus disposiciones no son aplicables al presente anexo, en virtud del cual pueden entablar un procedimiento en que esté implicado el Estado de origen del curso de agua personas lesionadas fuera de dicho Estado ante los tribunales u órganos administrativos de aquel Estado. Ahora bien, se podría argumentar que el criterio que sostiene la no inmunidad en los casos abarcados por el proyecto de artículo 13 podría aplicarse también en los casos previstos en el presente anexo. Ese criterio parece consistir en que no se debería dejar a las personas lesionadas «sin la posibilidad de acudir a la justicia» debido a la inmunidad jurisdiccional del Estado «autor»<sup>111</sup>. En el presente contexto, esto indicaría

gation», *The Transnational Lawyer*, Sacramento (Calif), vol 1, 1988, pag 41

Estos tipos de problemas —junto, en algunos casos, con el espectro de la inmunidad soberana— explican probablemente la tendencia de las personas perjudicadas en casos recientes a presentar reclamaciones contra sus propias autoridades gubernamentales para obtener resarcimiento a causa de contaminación de origen extranjero. Véanse, por ejemplo, la resolución dictada el 31 de mayo de 1989 por el Tribunal de Apelaciones del Canton de Berna en el asunto *Rey und Leimgruber c. Schweizerische Eidgenossenschaft*, que sostuvo la responsabilidad del Gobierno Federal de Suiza por daños causados a los cultivos del demandante debido a la radiación procedente del incidente nuclear de Chernobyl (véase *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, Lausana, 1991, vol 116, segunda parte, pag 483), y un asunto incoado por un particular y la ciudad de Lubeck contra las autoridades competentes de la República Federal de Alemania ante los tribunales de dicho país en que se reclaman reparaciones por la contaminación del agua potable a causa de contaminación transfronteriza procedente del vertedero de Schoenberg en la República Democrática Alemana. Este último asunto se examina en M. Nuñez-Muller, «The Schoenberg case: Transfrontier movements of hazardous waste», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M.), vol 30, 1990, pag 153

<sup>110</sup> *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), pag 10

<sup>111</sup> Véase el párrafo 3 del comentario al artículo 14 (que paso a ser el artículo 13) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en *Anuario* 1984, vol II (segunda parte), pags 69 y 70

que si un ciudadano del Estado B resultase lesionado en dicho Estado a causa, por ejemplo, de contaminantes depositados en un curso de agua internacional en el Estado A por una compañía del Estado A, aquella persona podría entablar procedimientos contra el Estado A ante los tribunales de éste para obtener indemnización por los daños. Ahora bien, el proyecto de artículo 6 no llega tan lejos. Dispone tan sólo que cualquier recurso existente contra los órganos, empresas u otras entidades del Estado de origen del curso de agua que puedan ejercer sus propios ciudadanos y residentes habituales se ponga también a disposición de personas lesionadas fuera de dicho Estado. Tal vez haya poca diferencia en principio entre el caso previsible de causar un daño en el Estado A por un acto u omisión en dicho Estado y el caso previsible de causar un daño en el Estado B por un acto u omisión en el Estado A; pero sin contar con alguna orientación de la Comisión, el Relator Especial es renuente a proponer que se someta a los Estados de origen de cursos de agua a la jurisdicción de sus propios tribunales en procedimientos incoados por personas extranjeras lesionadas, aun cuando disfruten de inmunidad jurisdiccional en procedimientos iniciados por sus propios ciudadanos. Esta renuencia se basa también en la decisión de la Comisión de excluir de la aplicación del artículo 13 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales «los casos de lesiones o daños transfronterizos, tales como cartas-bomba o la exportación de explosivos, fuegos de artificio o sustancias peligrosas que podrían explotar u ocasionar daños [...]»<sup>112</sup>. No obstante, la Comisión reconoce que «el tribunal extraño al lugar de comisión del delito podría considerarse un *forum non conveniens*, y que «si el Estado “autor” tuviese derecho a invocar su inmunidad jurisdiccional, la persona lesionada se vería privada de la posibilidad de acudir a la justicia»<sup>113</sup>. Así pues, es posible que el único recurso de que dispondría una persona del Estado B lesionada por un acto u omisión del Estado A de origen del curso de agua sería el tratar de convencer al Estado B que patrocinase su reclamación contra el Estado A. Como se explica con anterioridad (párr. 39), es precisamente este tipo de politización de las controversias lo que tratan de evitar los procedimientos previstos en el anexo. El Relator Especial acogería con agrado las opiniones de los miembros de la Comisión sobre este punto en particular.

### Artículo 7.—Conferencia de las Partes

1. Las Partes en los presentes artículos convocarán a una Conferencia de las Partes a más tardar dos años después de la entrada en vigor de los artículos. Posteriormente, las Partes celebrarán reuniones ordinarias de la Conferencia por lo menos una vez cada dos años, a menos que la Conferencia decida otra cosa, y reuniones extraordinarias cuando lo solicite por escrito un tercio de las Partes por lo menos.

2. En las reuniones a que se refiere el párrafo 1, las Partes examinarán la aplicación de los presentes artículos. Además, las Partes podrán:

<sup>112</sup> Párrafo 7 del comentario al artículo 14, *ibid*, pag 70. Si bien el texto del artículo 13 no exige que el daño se haya sufrido en el Estado del foro, el párrafo 7 del comentario a dicho artículo no deja duda sobre la cuestión

<sup>113</sup> *Ibid*, pag 70, párr 3 del comentario

a) examinar y aprobar enmiendas a los presentes artículos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de este anexo;

b) recibir y examinar los informes presentados por cualquiera de las Partes o por cualquier grupo, comisión u otro órgano constituido de conformidad con lo dispuesto en el anexo II de los presentes artículos; y

c) formular, en su caso, recomendaciones destinadas a mejorar la efectiva aplicación de los presentes artículos.

3. En cada reunión ordinaria, las Partes podrán fijar la fecha y el lugar de la siguiente reunión ordinaria que haya de celebrarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo.

4. En cualquier reunión, las Partes podrán elaborar y aprobar el reglamento de la reunión.

5. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como cualquier Estado no Parte en los presentes artículos, podrán estar representados en reuniones de la Conferencia por observadores, que tendrán derecho a participar sin voto.

6. Todo organismo o entidad técnicamente calificado en la esfera de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, incluida la protección, la conservación y la gestión de esos cursos de agua, que haya informado a las Partes de su deseo de estar representado en las reuniones de la Conferencia por observadores, será admitido a ellas salvo que se oponga un tercio de las Partes presentes por lo menos, a condición de que pertenezca a una de las categorías siguientes:

a) organismos o entidades internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, u organismos o entidades nacionales gubernamentales; y

b) organismos o entidades nacionales no gubernamentales que hayan sido autorizados a tal efecto por el Estado en que tienen su sede.

Una vez admitidos, los observadores que representen a esos organismos y entidades tendrán derecho a participar sin voto.

#### Comentario

1) Varios convenios recientes relativos al medio ambiente o a los daños transfronterizos contienen disposiciones sobre las reuniones periódicas de una «conferencia de las partes»<sup>114</sup>. En general, esos acuerdos institucionalizan la adopción periódica de medidas colectivas por las partes contratantes. Esta técnica permite a las partes examinar regularmente la efectividad del convenio de que se trata, así como el seguimiento de su aplicación. Otros acuerdos multilaterales han recurrido eficazmente a medios análogos

<sup>114</sup> Veanse, por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 29 de marzo de 1972, artículo XXVI, la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 13 de noviembre de 1979, art 10 (relativo al «Órgano Ejecutivo»), el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985, art 6, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987, art 11 (que establece que las reuniones ordinarias se celebrarán juntamente con las reuniones de las Partes en el Convenio de Viena, anteriormente citado, y las reuniones extraordinarias cuando lo solicite por escrito un tercio como mínimo de las Partes)

como un elemento de sus mecanismos de solución de controversias<sup>115</sup>.

2) El proyecto de artículo 7 se basa en el artículo XI de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, de 2 de marzo de 1973, que dispone lo siguiente:

#### Artículo XI — Conferencia de las Partes

1 La Secretaría convocará a una Conferencia de las Partes a más tardar dos años después de la entrada en vigor de la presente Convención

2 Posteriormente, la Secretaría convocará a reuniones ordinarias de la Conferencia por lo menos una vez cada dos años, a menos que la Conferencia decida otra cosa, y reuniones extraordinarias en cualquier momento a solicitud, por escrito, de por lo menos un tercio de las Partes

3 En las reuniones ordinarias o extraordinarias de la Conferencia, las Partes examinarán la aplicación de la presente Convención y podrán

a) adoptar cualquier medida necesaria para facilitar el desempeño de las funciones de la Secretaría,

b) considerar y adoptar enmiendas a los apéndices I y II de conformidad con lo dispuesto en el artículo XV,

c) analizar el progreso logrado en la restauración y conservación de las especies incluidas en los apéndices I, II y III,

d) recibir y considerar los informes presentados por la Secretaría o cualquiera de las Partes, y

e) cuando corresponda, formular recomendaciones destinadas a mejorar la eficacia de la presente Convención

4 En cada reunión ordinaria de la Conferencia, las Partes podrán determinar la fecha y sede de la siguiente reunión ordinaria que se celebrará de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo

5 En cualquier reunión, las Partes podrán determinar y adoptar reglas de procedimiento para esa reunión

6 Las Naciones Unidas, sus Organismos Especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como cualquier Estado no Parte en la presente Convención, podrán ser representados en reuniones de la Conferencia por observadores que tendrán derecho a participar sin voto

7 Cualquier organismo o entidad técnicamente calificado en la protección, preservación o administración de fauna y flora silvestres y que este comprendido en cualquiera de las categorías mencionadas a continuación, podrá comunicar a la Secretaría su deseo de estar representado por un observador en las reuniones de la Conferencia y será admitido salvo que objeten por lo menos un tercio de las Partes presentes

a) organismos o entidades internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, así como organismos o entidades gubernamentales nacionales, y

b) organismos o entidades nacionales no gubernamentales que han sido autorizados para ese efecto por el Estado en que se encuentran ubicados

Una vez admitidos, estos observadores tendrán el derecho de participar sin voto en las labores de la reunión

3) El artículo XII de la misma Convención dispone que, a la entrada en vigor de la Convención, «el Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente proveerá una Secretaría». No hay duda de que sería útil disponer de una secretaria para ejecutar funciones como la organización de las conferencias de las partes y la prestación de servicios a esas reuniones y para llevar a cabo estudios e investigaciones a petición de las partes en los presentes artículos, pero el Relator Especial vacila en proponer la creación de una institución permanente en relación con lo que se prevé que constituya un

<sup>115</sup> Vease, en especial, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), art XXIII Los procedimientos pertinentes del GATT se analizan en el capítulo IV *infra*, relativo a la solución de controversias

acuerdo marco. Si finalmente se celebra una convención basándose en el presente proyecto de artículos, las partes podrán ciertamente, si lo desean, crear una institución de esa índole.

#### *Artículo 8. — Enmienda de los artículos*

1. Si un tercio de las Partes por lo menos lo solicita por escrito, se celebrará una reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes para examinar y aprobar enmiendas a los presentes artículos. Tales enmiendas se aprobarán por mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes. A los efectos de este artículo, se entiende por «Partes presentes y votantes» las Partes que votan a favor o en contra. En el cálculo de la mayoría de dos tercios necesaria para la aprobación de la enmienda no se tendrán en cuenta las abstenciones.

2. El texto de toda propuesta de enmienda será comunicado a todas las Partes por la Parte o las Partes que la propongan noventa días por lo menos antes de la reunión de la Conferencia.

3. Toda enmienda entrará en vigor respecto de las Partes que la hayan aceptado sesenta días después de que los dos tercios de las Partes hayan depositado con el [Gobierno Depositario] [Secretario General de las Naciones Unidas] un instrumento de aceptación de la enmienda. Posteriormente, la enmienda entrará en vigor respecto de cualquier otra Parte sesenta días después del depósito por esa Parte de su instrumento de aceptación de la enmienda.

#### *Comentario*

1) El Relator Especial considera importante prever la enmienda de los artículos a fin de que las Partes puedan tener en cuenta la evolución de la situación. Por ejemplo, un rápido aumento de la contaminación del agua dulce y la intensificación de problemas como la sequía y la desertificación pueden inducir a las Partes a poner al día las

disposiciones de los artículos en lo que concierne a esas cuestiones.

2) El proyecto de artículo 8 se basa en el artículo XVII de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, de 1973. Dicho artículo dispone lo siguiente:

#### *Artículo XVII — Enmiendas a la Convención*

1 La Secretaría, a petición por escrito de por lo menos un tercio de las Partes, convocará a una reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes para considerar y adoptar enmiendas a la presente Convención. Las enmiendas serán adoptadas por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes. A estos fines, «Partes presentes y votantes» significa Partes presentes que emiten un voto afirmativo o negativo. Las Partes que se abstienen de votar no serán contadas entre los dos tercios requeridos para adoptar la enmienda.

2 La Secretaría transmitirá a todas las Partes los textos de propuestas de enmienda por lo menos noventa días antes de su consideración por la Conferencia.

3 Toda enmienda entrará en vigor para las Partes que la acepten sesenta días después de que dos tercios de las Partes depositen con el Gobierno Depositario sus instrumentos de aceptación de la enmienda. A partir de esa fecha, la enmienda entrará en vigor para cualquier otra Parte sesenta días después de que dicha Parte deposite su instrumento de aceptación de la misma.

3) Los únicos aspectos de fondo con respecto a los cuales el proyecto de artículo 8 se aparta del artículo XVII son las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de esta Convención relativas a la Secretaría, y las del párrafo 3 relativas al depositario. La cuestión de una secretaría se ha mencionado en el comentario al proyecto de artículo 7 de este anexo. En cuanto al depositario, éste puede ser un gobierno, el Secretario General de las Naciones Unidas o el jefe de otro organismo competente, como el PNUMA o la FAO. El Relator Especial ha considerado apropiado utilizar en relación con el presente proyecto de artículos las disposiciones restantes del artículo XVII. Agradecerá las observaciones de la Comisión, en particular con respecto a las disposiciones del párrafo 3 relativas a la entrada en vigor de las enmiendas.

## CAPÍTULO IV

### Arreglo de controversias

#### A. — Introducción

40. Los dos Relatores Especiales anteriores han tratado ya la cuestión del arreglo de controversias; y ambos han propuesto artículos sobre la materia (véanse *infra*, párrs. 86 y ss). En efecto, esta cuestión debe ser parte integral de un proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aunque por razones algo diferentes de las que serían válidas en muchas otras esferas del derecho internacional. La principal de esas razones es la naturaleza general y flexible de algunas de las disposiciones más fundamentales del proyecto de artículos (por ejemplo, el artículo 6, «Utilización y participación equitativas y razonables»). Precisamente la generalidad y flexibilidad de

esas disposiciones, que las hacen tan apropiadas para un instrumento marco sobre los cursos de agua internacionales, pueden también hacerlas difíciles de aplicar con precisión en ciertos casos. Además, la aplicación de muchas de las disposiciones del proyecto de artículos depende de algunos hechos fundamentales. En la medida en que los Estados del curso de agua interesados ignoren esos hechos o no se pongan de acuerdo sobre ellos, sus obligaciones jurídicas no resultarán claras. Por consiguiente, en tales casos será necesario contar con algún medio de establecer objetivamente los hechos que hacen aplicables las disposiciones.

41. En el presente informe y en informes anteriores se ha indicado que los Estados del curso de agua encomiendan

con frecuencia la reunión de datos e informaciones relativos a los cursos de agua internacionales a expertos con conocimientos técnicos, quienes a menudo trabajan en el contexto de una comisión mixta o de otro mecanismo institucional. Como se señala en el capítulo I *supra*, en aquellos casos en que se han establecido tales comisiones mixtas, ellas están habitualmente en condiciones inmejorables de emprender investigaciones y de resolver cualesquiera cuestiones que puedan plantearse acerca de las respectivas obligaciones de los Estados del curso de agua interesados. Aun cuando no se haya establecido organismo alguno de esa clase, la práctica de los Estados y las obras de los expertos que han estudiado la cuestión<sup>116</sup> indican que, siempre que sea posible, es conveniente tratar de resolver las discrepancias que pudieran existir a nivel técnico antes de llegar a procedimientos más formales de solución de controversias.

42. A la luz de dichas reflexiones, el Relator Especial propone en el presente capítulo un procedimiento para evitar y arreglar las controversias relativas a los cursos de agua consistente en una serie graduada de etapas. Las propuestas se basan en diversos postulados: en primer lugar, que con frecuencia será necesario en esta materia hacer uso abundante de conocimientos técnicos; en segundo lugar, que un informe técnico de expertos que no tenga carácter obligatorio, quizá acompañado de recomendaciones sobre las medidas a adoptar, bastará a menudo para resolver una controversia actual o potencial, sin necesidad de recurrir a un procedimiento que culmine con un arreglo obligatorio; y, en tercer lugar, que sólo deberá recurrirse a procedimientos de este último tipo una vez que hayan fracasado los intentos de arreglar las discrepancias a nivel técnico.

43. Resulta evidente del análisis que antecede que, pese al título del presente capítulo, las propuestas que contiene no se limitan al «arreglo de controversias» en el sentido que se da generalmente a dicha expresión. La expresión «controversia sobre el derecho de los cursos de agua internacionales» se ha definido como:

[ ] una controversia internacional entre dos o más Estados de una cuenca hidrográfica internacional [ ], respecto a

- i) la conservación, el uso, la utilización compartida (incluida la utilización compartida de los beneficios), el control, el aprovechamiento y la ordenación de los recursos hídricos de una cuenca hidrográfica internacional [o]
- ii) la interpretación de las estipulaciones de cualquier acuerdo relativas a la conservación, el uso, la utilización compartida (incluida la utilización compartida de los beneficios), el control, el aprovecha-

<sup>116</sup> Véase, en particular, Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (nota 4 *c supra*), cap. V, «Procedimientos de soluciones y arreglo de controversias», especialmente párrs. 455, 457 y 458. Véanse también, por ejemplo, Smith, *op cit* (nota 7 *supra*), pag. 152 (principios 6 y 7), F. J. Berber, *Rivers in International Law*, Londres, Stevens, 1959, pag. 271, y C. B. Bourne, «Mediation, conciliation and adjudication in the settlement of international drainage basin disputes», *The Canadian Yearbook of International Law* 1971, Vancouver, vol. IX, pag. 114. Véase, en general, Bourne, «Procedure in the development of international drainage basins: The duty to consult and to negotiate», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1972, vol. X, pag. 212, R. B. Bilder, *The Settlement of International Environmental Disputes*, Madison (Wis.), University of Wisconsin, 1976, UNITAR, *Protecting the Human Environment: Procedures and Principles for Preventing and Resolving International Controversies*, por A. L. Levin (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta E 77 XV PS/9), R. E. Stein, «The settlement of environmental disputes: Towards a system of flexible dispute settlement», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Syracuse (N. Y.), vol. 12, 1985, pag. 283, y las fuentes citadas en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), notas 776 y 778.

miento y la ordenación de dichos recursos hídricos o la ejecución de un acuerdo de esa naturaleza, incluidas todas las cuestiones que se deriven de la ejecución de ese acuerdo<sup>117</sup>.

Esta definición se concentra en el motivo habitual de las controversias relativas a los cursos de agua internacionales. Aunque no se refiere expresamente a cuestiones de hecho, éstas son con frecuencia el origen de las mencionadas controversias. Sin embargo, los procedimientos tales como la determinación de los hechos también atañen a la aplicación de los artículos (y en esa medida podrían haberse tratado en el capítulo anterior) y a la prevención de las controversias. Sólo cuando las cuestiones no se hayan resuelto en etapas anteriores del proceso resultan aplicables los procedimientos propuestos para el arreglo de controversias.

44. En la sección B del presente capítulo, el Relator Especial examinará brevemente los principales medios de arreglo de controversias internacionales y ofrecerá ejemplos de su utilización por los Estados en el contexto de controversias relativas a cursos de agua internacionales. En la sección C se darán ejemplos de la forma en que los Estados y las organizaciones internacionales utilizan los servicios de expertos para que los ayuden a prevenir y resolver controversias sobre cursos de agua internacionales y controversias de otra índole. En la sección D se reseñará la labor de las organizaciones internacionales encaminada al arreglo de esa clase de controversias, y en la sección E se pasará revista a las propuestas de los Relatores Especiales anteriores en torno al presente tema. Por último, en la sección F, el Relator Especial presentará una serie de proyectos de artículos sobre la determinación de hechos y el arreglo de controversias a fin de que la Comisión los examine.

#### **B.—Medios para el arreglo de controversias y su aplicación por los Estados en sus relaciones atinentes a los cursos de agua internacionales**

45. Un intento de examinar a fondo el tema del arreglo pacífico de controversias sobrepasaría con mucho los límites y la finalidad del presente capítulo, especialmente teniendo en cuenta que los miembros de la Comisión conocen bien los principios generales relativos al arreglo de controversias internacionales<sup>118</sup>. La presente sección tiene

<sup>117</sup> B. R. Chauhan, *Settlement of International Water Law Disputes in International Drainage Basins*, Berlín, Erich Schmidt, 1981, págs. 96 y 97. Chauhan incluye en esta definición las controversias entre un «Estado de la cuenca hidrográfica» y una de las subdivisiones políticas de un Estado (por ejemplo, los Länder alemanes), ya que estas últimas han concertado en ocasiones acuerdos relativos a los cursos de agua internacionales (*ibid.*, pag. 97 y nota 45).

<sup>118</sup> De hecho, actualmente se realiza un examen de esa índole en el contexto de la labor del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización. Concretamente, la Secretaría está preparando un proyecto de manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados. Véanse, por ejemplo, el informe del Secretario General sobre la marcha de los trabajos relativos a la preparación del proyecto de manual (A/AC.182/L.61), y, en general, el informe del Comité Especial, en particular el capítulo V, «Arreglo pacífico de controversias entre Estados» [*Documentos Oficiales de la Asamblea General cuarentesimo cuarto período de sesiones. Suplemento N.º 33 (A/44/33)*].

Véase un tratamiento más detallado de los distintos medios de arreglo de controversias que se analizan en la presente sección, con especial referencia a los cursos de agua internacionales, en Chauhan, *op cit* (nota 117 *supra*), págs. 321 a 367.

un propósito mucho más restringido, a saber, servir de marco para el examen del material que se expone a continuación.

46. Como lo ha señalado el Sr. Evensen, «evidentemente, el punto de partida»<sup>119</sup> de cualquier tratamiento del arreglo de controversias internacionales son los principios formulados en la Carta de las Naciones Unidas, en especial en el Artículo 2. En el párrafo 3 de este Artículo se establece la obligación de arreglar las «controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». El primer Artículo del Capítulo VI de la Carta, dedicado al arreglo pacífico de controversias, es el Artículo 33, en cuyo párrafo 1 se enumeran los siguientes medios pacíficos para el arreglo de controversias: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su [de las partes] elección. El Artículo 33 exige que «las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» busquen una solución a la controversia «ante todo» por esos medios.

47. Aunque en los procedimientos que se proponen en el presente capítulo se recurre a algunos de los medios de arreglo pacífico enumerados en el Artículo 33 de la Carta, la intención es que dichos procedimientos se apliquen aun cuando la continuación de la controversia relativa a un curso de agua internacional no «sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». En efecto, el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta obliga a los Estados Miembros a que arreglen sus controversias internacionales por medios pacíficos, de manera tal que, entre otras cosas, no se ponga en peligro «la justicia». Ello podría presuntamente hacerse aun cuando «la paz y la seguridad internacionales» no se vieran amenazadas<sup>120</sup>.

48. Según William Bishop, la negociación directa entre las partes es el «más simple» de los medios de arreglo pacífico,

<sup>119</sup> Véase el primer informe del Sr. Evensen, documento A/CN.4/367 (nota 3 *supra*), párr. 200

<sup>120</sup> Según los comentaristas de la Carta «No basta con salvaguardar la paz y la seguridad, también es necesario respetar los principios de la justicia» [L. M. Goodrich y E. Hambro, *Commentaire de la Charte des Nations Unies* (ed. francesa), Neuchâtel, La Baconnière, 1946, párr. 130, véase también la tercera edición inglesa revisada de dicha obra L. M. Goodrich, E. Hambro y A. P. Simons, *Charter of the United Nations Commentary and Documents*, Nueva York, Columbia University Press, 1969, párr. 41] Véase un análisis de las circunstancias en que una controversia entre Estados de un curso de agua internacional podría poner en peligro la paz y la seguridad internacionales en Bourne, «Mediation, conciliation», *loc cit* (nota 116 *supra*), párr. 157. Las controversias sobre cursos de agua han originado acusaciones de agresión, por ejemplo la controversia entre Bolivia y Chile sobre el río Lauca, véase L. M. Lecaros, «International Rivers: the Lauca case», *The Indian Journal of International Law*, Nueva Delhi, vol. 3, 1963, págs. 148 y 149, y el segundo informe del Relator Especial, *Anuario 1986*, vol. II (primera parte), págs. 116 y 117, documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párr. 94. Además, tanto Israel como sus Estados árabes vecinos han declarado que considerarían cualquier desviación unilateral del río Jordán como un acto de agresión, véase K. B. Doherty, «Jordan waters conflict», *International Conciliation*, Nueva York, N.º 533, mayo de 1965, págs. 35 y 65, y el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párr. 96. Véase, en general, las fuentes citadas en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), nota 778, y el artículo ya mencionado de Bourne, «Mediation, conciliation», *loc cit*, págs. 154 y 155

aunque probablemente sea el que más se utiliza para solucionar las discrepancias que se suscitan cotidianamente [ ] Mediante un intercambio de opiniones, efectuado generalmente por la vía diplomática, se logra acuerdo en un proceso de recíprocas concesiones<sup>121</sup>

Manfred Lachs ha escrito que:

[ ] Los Estados recurren muy frecuentemente a las negociaciones, probablemente debido al hecho de que les preocupa bastante conservar hasta el final el control de las decisiones que se derivan de las discrepancias que los separan. Por cierto, hay muchas controversias y problemas internacionales que no pueden resolverse de otra manera [ ]<sup>122</sup>

Al mismo tiempo que reconoce que «[la diplomacia] [...] tiene sus límites», Lachs observa que «la obligación de negociar [...] no entraña la obligación efectiva de llegar a un acuerdo. La única obligación que existe es la de hacer todo lo posible para que así sea»<sup>123</sup>. O, como lo expresó la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*,

las partes están obligadas a entablar negociaciones a fin de lograr un acuerdo [ ], están obligadas a comportarse de manera que las negociaciones tengan sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin pensar en la posibilidad de modificarla<sup>124</sup>

49. Aunque es probable que la gran mayoría de las controversias relativas a los cursos de agua internacionales se hayan evitado o arreglado mediante negociaciones, se ha recibido información acerca de muy pocos de esos casos<sup>125</sup>. En su estudio sobre el tema, Chauhan enumera 25 tratados en los cuales figuran disposiciones expresas acerca de la utilización de la negociación como método de arreglo de [tales] controversias<sup>126</sup> y se refiere a otros 47 acuer-

<sup>121</sup> W. W. Bishop, *International Law Cases and Materials* 2ª ed., Boston, Little, Brown, 1962, párr. 58. En la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales se describe a las negociaciones directas como «medio flexible y eficaz» de arreglar controversias (resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982, anexo, secc. I, párr. 10)

<sup>122</sup> M. Lachs, «The law and the settlement of international disputes», en K. V. Raman, ed., *Dispute Settlement Through the United Nations*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1977, párr. 288

<sup>123</sup> *Ibid.*, párr. 289

<sup>124</sup> República Federal de Alemania c. Dinamarca, y República Federal de Alemania c. los Países Bajos, fallo de 20 de febrero de 1969 (*C.I.J. Recueil 1969*, párr. 47, párr. 85 a). Debe señalarse a la atención el hecho de que la Corte, en el fallo dictado en esos asuntos (*ibid.*, págs. 47 y 48, párr. 87), se refirió a la opinión consultiva de la CPJI de 15 de octubre de 1931 en el asunto del *Trafico ferroviario entre Lituania y Polonia (C.P.J.I., serie A/B, N.º 42)*, párr. 116. Los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* y otros asuntos relativos a la obligación de los Estados de solucionar sus discrepancias mediante negociaciones de buena fe encaminadas a lograr un resultado equitativo se examinan en el tercer informe del Relator Especial, *Anuario 1987*, vol. II (primera parte), párr. 26, documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párrs. 48 a 50, y cap. III, secc. B 5, comentarios a los párrs. 3 a 7 del proyecto de artículo 12 Y, por último, en la Declaración de Manila (véase nota 121 *supra*) se hace una sugerencia similar a la formulada por la Corte en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte* «Cuando opten por las negociaciones directas, los Estados deberían negociar efectivamente a fin de llegar a un pronto arreglo aceptable para las partes» (Secc. I, párr. 10)

<sup>125</sup> Ocasionalmente se tropieza con informaciones respecto de intercambios diplomáticos sobre cuestiones relativas a cursos de agua internacionales. Aunque en sentido estricto dichos casos corresponden a la categoría del arreglo por la vía diplomática, el Relator Especial los tratará, a los efectos del presente informe, como casos de arreglo mediante negociación *lato sensu*. Véase, por ejemplo, los casos que se analizan en su segundo informe, documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2 (véase nota 120 *supra*), párrs. 78 a 99, y en su quinto informe, *Anuario 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párrs. 54 a 65

<sup>126</sup> Chauhan, *op cit* (nota 117 *supra*), págs. 377 a 380

dos en los cuales se prevé la resolución de controversias relativas a cursos de agua por la vía diplomática<sup>127</sup>.

50. Con arreglo al Convenio (I) de La Haya, para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, de 1907, la *investigación* es un proceso para arreglar «los litigios de orden internacional» que se suscitan en razón de diferencias de opinión sobre cuestiones de hecho, [...] «esclareciendo por medio de un examen imparcial y concienzudo las cuestiones de hecho» (art. IX). En el Convenio se pide a las partes en la controversia que formen una Comisión internacional de investigación, cuya tarea consiste en investigar los hechos e informar sobre ellos. El informe de la Comisión «no tiene ningún carácter de sentencia arbitral» y deja a las partes en libertad de decidir qué efectos le darían eventualmente (art. XXXV)<sup>128</sup>.

51. En el contexto de la labor del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización, la atención ha vuelto a centrarse en las posibilidades que encierra la *determinación de hechos* como procedimiento para evitar y resolver controversias. En un documento de trabajo, presentado al Comité Especial en su período de sesiones de 1990, se declara que «se entenderá por determinación de los hechos toda actividad encaminada a averiguar los hechos necesarios para que los órganos competentes de las Naciones Unidas puedan desempeñar eficazmente sus funciones en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (párr. 2), y que «la determinación de los hechos debería ser completa, objetiva e imparcial» (párr. 3)<sup>129</sup>. La determinación de hechos prevista en los proyectos de artículos del anexo II *infra* podría entrar en juego mucho antes de que se materializara ninguna amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y en todo caso antes de que

<sup>127</sup> *Ibid*, págs 381 a 386. Véase también el proyecto de Declaración Interamericana sobre el medio ambiente, preparado en 1989 por el Comité Jurídico Interamericano (OEA, documento CJI/RES II-10/89), en el que el Comité propone un procedimiento interesante que combina las conversaciones bilaterales con la utilización de los servicios de expertos técnicos. En el proyecto de Declaración se prevé asimismo la formación de una comisión mixta, integrada por dos delegados de cada uno de los Estados afectados (párr. 12).

<sup>128</sup> Véase asimismo Brierly, *op cit* (nota 39 *supra*), pag. 374. El asunto del *Banco Dogger* entre Gran Bretaña y Rusia en 1904 es un ejemplo de utilización eficaz de una comisión de esa índole, véase *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, Nueva York, 1921, pag. 427.

<sup>129</sup> Documento A/AC.182/L.66, reproducido en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones. Suplemento N.º 33 (A/45/33)*, párr. 68, con posterioridad este texto pasó a ser un proyecto de declaración sobre la «Determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». Véase el examen de este documento de trabajo en el comentario al artículo 1 del anexo II *infra*.

En cuanto a la determinación de hechos como forma de «investigación» empleada por el Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 34 de la Carta, Raman escribe

«Si se conciben en forma amplia, las funciones de investigación pueden facilitar la dilucidación de cuestiones de hecho controvertidas (determinación de hechos en sentido estricto), y pueden permitir también a las partes sentar una base objetiva para sus relaciones futuras [...]» («The ways of the peace-maker. A study of the procedural concepts of United Nations intermediary assistance in the peaceful settlement of disputes», en Raman, ed., *op cit* [nota 122 *supra*], pag. 412.)

Véase también el «Informe del Secretario General sobre los métodos para la determinación de los hechos» (A/5694) de 1.º de mayo de 1964 en el cual se examina «la investigación internacional como medio pacífico de arreglo de conflictos o de ajuste de situaciones» (párr. 5)

surgiera ninguna «controversia»<sup>130</sup>. En el contexto de los cursos de agua internacionales, la determinación de hechos con frecuencia se encomienda a comisiones mixtas. Más adelante, en relación con el análisis de la conciliación, se hace referencia a la práctica de los Estados al respecto.

52. Según Brierly, en el caso de los *buenos oficios*, la *mediación* y la *conciliación*,

[ ] la intervención de un tercero no tiene por objeto *decidir* acerca de la discrepancia *en nombre* de las partes que se querellan, sino inducir las a que lo hagan ellas mismas. La diferencia [entre los buenos oficios y la mediación] no es importante, en sentido estricto, se dice que un Estado ofrece sus «buenos oficios» cuando procura inducir a las partes a que negocien entre sí, y que «mediación», cuando el mismo toma parte en las negociaciones, aunque evidentemente un proceso se funde con el otro<sup>131</sup>.

La conciliación es análoga al proceso de investigación, salvo en el aspecto de que la comisión tiene a su cargo no sólo la determinación de los hechos, sino la preparación de «un informe que contenga propuestas de arreglo, aunque sin el carácter obligatorio de un laudo o fallo»<sup>132</sup>. El procedimiento se originó en una serie de «tratados para el fomento de la paz que incorporaron el llamado «plan de paz Bryan», concertados por los Estados Unidos de América en 1913 y 1914<sup>133</sup>. En dichos «tratados Bryan», de los cuales se concertaron en total 48, se establecía la creación de comisiones internacionales de investigación y comisiones permanentes. Brierly explica que:

[ ] El método de los «tratados Bryan» se utilizó luego ampliamente a medida que avanzaba la institucionalización internacional, y que, como es esencialmente diferente del método de arbitraje, por una parte, y no precisamente igual a la mediación, por la otra, conviene designarlo con el término de «conciliación»<sup>134</sup>.

53. Según Chauhan:

El recurso a los buenos oficios y la mediación del Banco Mundial, que se extendió durante un período de más de nueve años en [el] caso de [la] controversia sobre las aguas del Río Indo entre la India y el Pakistán, y

<sup>130</sup> La CPIJ y la CIJ tuvieron varias oportunidades de examinar el significado del vocablo «controversia» y de establecer si existía una «controversia» entre las partes en un asunto que se les había presentado. Véanse, por ejemplo, los siguientes asuntos: *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo de 30 de agosto de 1924, C.P.J.I., serie A, N.º 2, págs. 11 y 12; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, fallo de 4 de abril de 1939, C.P.J.I., serie A/B, N.º 77, págs. 64 y 83; *Cameroun septentrional*, fallo de 2 de diciembre de 1963, C.I.J. Recueil 1963, págs. 33 y 34; *Essais nucléaires*, fallo de 20 de diciembre de 1974, C.I.J. Recueil 1974, págs. 260, 270 y 271. Dicha cuestión no será objeto de examen ulterior en el presente informe.

<sup>131</sup> Brierly, *op cit* (nota 39 *supra*), pag. 373.

<sup>132</sup> Oppenheim, *op cit* (nota 60 *supra*), pag. 12. Según Bishop, la conciliación

«entraña remitir una controversia a una comisión de personas cuya tarea es determinar los hechos y preparar un informe que contenga recomendaciones para un arreglo, que cada parte en la controversia queda en libertad de aceptar o rechazar a su arbitrio, sin obligaciones jurídicas y sin que sufra descredito por no cumplir con las recomendaciones» (*Op cit* [nota 121 *supra*], pag. 59).

<sup>133</sup> G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1943, vol. 6, pag. 5. Véase también el análisis de los tratados Bryan en el informe del Secretario General de 1964 (nota 129 *supra in fine*), párrs. 62 a 78.

<sup>134</sup> Brierly, *op cit* (nota 39 *supra*), págs. 374 y 375; véase también Bishop, *op cit* (nota 121 *supra*), pag. 59. En la publicación de las Naciones Unidas, *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948* (N.º de venta 1949.V.3), y en M. Habicht, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes*, Cambridge (Mass.), 1931, se examinan los numerosos acuerdos concertados en el período comprendido entre ambas guerras mundiales en los que se preveía la conciliación.

que culminaron satisfactoriamente con la concertación en 1960 del Tratado relativo al uso de las aguas del Indo [ ] representa el ejemplo reciente más notable de la utilización concreta de esos métodos para arreglar una controversia sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales<sup>135</sup>.

El mismo autor enumera cinco tratados en los cuales «los Estados han aceptado expresamente “los buenos oficios” y “la mediación” como métodos de arreglo de las controversias sobre el derecho de los usos de los cursos de agua»<sup>136</sup>, y otros 68 acuerdos en los cuales se atribuyen funciones de conciliación a comisiones mixtas<sup>137</sup>.

54. El arbitraje se distingue de los métodos anteriores en que entraña la aplicación de normas de derecho internacional a los hechos de que se trate y en que su resultado es el arreglo obligatorio de una controversia. El Convenio (I) de La Haya de 1907 prevé:

Artículo XXXVII

El arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base de respeto al derecho

El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral

El arbitraje internacional tiene una larga historia, que se remonta a la antigua Grecia<sup>138</sup>. Difiere de la *decisión judicial* fundamentalmente en que las partes en el arbitraje «deben acordar la constitución del tribunal y el procedimiento que éste ha de emplear», en tanto la decisión judicial entraña la presentación de una controversia «ante un tribunal que ya existe y que funciona de acuerdo con un procedimiento establecido»<sup>139</sup>.

55. La mayoría de los asuntos más ampliamente difundidos en relación con las controversias sobre cursos de agua internacionales han sido resueltos mediante arbitraje. Quizás el más conocido de ellos es el asunto del *Lago Lanós*, que tuvo lugar en 1957 (entre Francia y España)<sup>140</sup>; pero el arbitraje en el asunto de la *Presa de Gut*, que tuvo lugar en 1968 (entre el Canadá y los Estados Unidos)<sup>141</sup>, ha sido también objeto de señalada aten-

ción<sup>142</sup>. Son asimismo dignos de mención los laudos arbitrales dictados en 1872 y 1905 en el asunto del *Delta del río Helmand* (entre Afganistán y Persia); en 1888 en el asunto relativo al *río San Juan* (entre Costa Rica y Nicaragua); en 1893 en el asunto relativo al *río Kushk* (entre Gran Bretaña y Rusia), y en 1903 en el asunto *Faber* (entre Alemania y Venezuela)<sup>143</sup>. Las dos sentencias de la CPJI, relativas a controversias sobre cursos de agua, corresponden al asunto de la *Competencia territorial de la Comisión Internacional del río Oder*<sup>144</sup>, y al asunto del *Transvase de las aguas del Mosa*<sup>145</sup>, ambas sentencias dictadas en la primera mitad del presente siglo. Chauhan enumera 116 acuerdos en los que las partes han convenido expresamente en solucionar las controversias relativas a los cursos de agua mediante el arbitraje<sup>146</sup>, y 46 que contienen disposiciones relativas al arreglo judicial<sup>147</sup>.

56. El modesto objetivo de la reseña que antecede ha sido simplemente recordar que los Estados que desean aclarar hechos, ajustar sus relaciones y evitar o arreglar controversias tienen varios procedimientos a su disposición. En la sección que sigue se examinan ejemplos del empleo de algunos de esos procedimientos en la práctica de los Estados en materia de prevención y arreglo de controversias sobre cursos de agua internacionales y sobre otros asuntos.

de América ante el Tribunal de Reclamaciones del Lago Ontario, se refería a las reclamaciones presentadas por ciudadanos de los Estados Unidos en relación con los daños ocasionados por las inundaciones y la erosión presuntamente provocadas por la Presa de Gut. El informe del representante de los Estados Unidos ante el Tribunal de Reclamaciones, en el cual figuran extractos de las decisiones de 15 de enero, 12 de febrero y 27 de septiembre de 1968, fue reproducido en *International Legal Materials*, Washington (D C), vol VIII, 1969, págs 118 y ss. Véase el análisis de este asunto en el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/412 y Add 1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párr 86, y en su quinto informe, documento A/CN.4/421 y Add 1 y 2 (véase nota 125 *supra*), párrs 94 a 101.

<sup>142</sup> Véase el examen de este asunto en G. Handl, «State liability for accidental transnational environmental damage by private persons», *American Journal of International Law*, Washington (D C), vol 74, 1980, pag 538, y J. Schneider, *World Public Order of the Environment Towards an International Ecological Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1979, pag 165.

<sup>143</sup> En lo que respecta a estos cuatro asuntos, véase *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), documento A/5409, párrs 1034 a 1048.

<sup>144</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 1929, *CPJI, serie A N° 23*. Las partes en el asunto eran, por un lado, Polonia, y, por el otro, los demás miembros de la Comisión Internacional del Oder (Alemania, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña y Suecia). El asunto se examina en el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add 1 y 2 (véase nota 120 *supra*), párrs 102 a 105.

<sup>145</sup> Sentencia de 28 de junio de 1937, *CPJI, serie A/B, N° 70*. Véase el resumen del asunto en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), documento A/5409, párrs 1022 y ss., y su análisis en el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add 1 y 2, párrs 106 y 107.

<sup>146</sup> Chauhan, *op cit* (nota 117 *supra*), págs 344 a 355. Véase también B. M. Clagett, «Survey of agreements providing for third-party resolution of international waters disputes», *The American Journal of International Law*, Washington (D C), vol 55, 1961, pag 645. El estudio de Clagett abarca tanto los acuerdos sobre cursos de agua como los tratados sobre arreglo de controversias en general celebrados hasta 1961. Según el autor

«El estudio revela que las controversias referentes a la reglamentación y el uso de una proporción muy elevada de los cursos de agua internacionales (limitrofes y sucesivos) en el mundo entero están contempladas en acuerdos formales que prevén la decisión judicial obligatoria u otro tipo de decisión por parte de un tercero [ ] [Por] lo menos 66 Estados han concertado esa clase de acuerdos con uno o más Estados ribereños vecinos [ ]» (Pag 646)

<sup>147</sup> Chauhan, *op cit*, págs 361 a 366, y Clagett, citado en nota 146 *supra*.

<sup>135</sup> Chauhan, *op cit* (nota 117 *supra*), pag 325. Otros esfuerzos de la misma índole han tenido distintos grados de éxito. El Presidente de los Estados Unidos obtuvo resultados positivos en la controversia Tacna-Arica entre Chile y el Perú (*Supplement to the American Journal of International Law*, Washington [D C], vol 23, 1929, pag 183), del mismo modo que la CEPALO en el asunto del Bajo Mekong (W. R. D. Sewell y G. F. White, «The lower Mekong», *International Conciliation*, Nueva York, N° 558, mayo de 1966). No obstante, los esfuerzos de un mediador estadounidense —el Sr. Eric Johnston— en favor de un acuerdo entre Siria, el Líbano, Jordania e Israel para la utilización del río Jordán, no lograron obtener en última instancia resultado alguno (Doherty, *loc cit* [nota 120 *supra*]).

<sup>136</sup> Chauhan, *op cit*, pag 326.

<sup>137</sup> *Ibid*, págs 331 a 339.

<sup>138</sup> Vease, por ejemplo, J. H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, 1929, págs 153 a 189, y L. Henkin et al., *International Law Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1987, págs 589 y ss.

<sup>139</sup> Bishop, *op cit* (nota 121 *supra*), págs 60 y 61.

<sup>140</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII (N° de venta 63 V 3), págs 281 y ss. El referido asunto se analiza en el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add 1 y 2 (véase nota 120 *supra*), párrs 111 a 124, y en su cuarto informe, documento A/CN.4/412 y Add 1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párr 84.

<sup>141</sup> Este asunto, que fue planteado por el Canadá y los Estados Unidos

### C.—Utilización del asesoramiento de expertos

57. Como se ha señalado al comienzo del presente capítulo (párrs. 41 y 42), el Relator Especial ha llegado a la conclusión, sobre la base de su estudio de la práctica de los Estados en la materia, de que con frecuencia las controversias sobre los cursos de agua internacionales pueden evitarse o resolverse de la manera más eficaz remitiendo las cuestiones a los expertos para que las investiguen e informen sobre ellas. En la presente sección, el Relator Especial ofrecerá ejemplos escogidos de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales al respecto. A fin de proporcionar a la Comisión una amplia gama de modelos posibles, el Relator Especial no ha limitado la breve reseña que sigue a la práctica dimanada de los acuerdos relativos a los cursos de agua internacionales.

58. Como se señala en el capítulo I, una técnica que ha resultado satisfactoria para resolver cuestiones atinentes a los cursos de agua internacionales es la remisión de dichos asuntos a instituciones de carácter mixto creadas por las partes. En varios acuerdos sobre cursos de agua internacionales<sup>148</sup>, tales como el Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América<sup>149</sup> y el Tratado relativo al uso de las aguas del Indo celebrado entre la India y el Pakistán en 1960<sup>150</sup>, pueden hallarse disposiciones relativas a esa clase de remisión. La práctica derivada de dichos acuerdos ha demostrado cuán valioso es tratar de resolver primero las cuestiones a nivel técnico.

59. El empleo de instituciones mixtas para ayudar a los Estados del curso de agua a resolver cuestiones relativas a cursos de agua internacionales ha resultado especialmente satisfactorio en el marco del Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas<sup>151</sup>. Cuando las partes remiten una cuestión a la Comisión Mixta Internacional en virtud del artículo 9 del referido Tratado, la Comisión generalmente establece una junta de expertos cuyo cometido es evaluar la situación desde el punto de vista técnico<sup>152</sup>. Dichas juntas pueden, a su vez, instituir comités técnicos que las asistan en su labor.

60. Dicha práctica se siguió, por ejemplo, en el caso de una mina de carbón que se proponía explotar en las márgenes del Cabin Creek, afluente del río Flathead. Este último sale de la provincia canadiense de Columbia Británica y llega hasta el estado de Montana en los Estados Unidos, donde forma el límite occidental del Parque Nacional Glacier. Se considera a dicho Parque una importante zona virgen de recreación y parte del patrimonio natural, sujeta a diversas designaciones «especiales», tales como su condición, declarada por la UNESCO, de Re-

serva de la Biosfera Internacional, y de «lugar de patrimonio mundial»<sup>153</sup>. En 1984 y 1985, los Estados Unidos y el Canadá pidieron a la Comisión Mixta Internacional que examinara la calidad de las aguas del río Flathead y su cantidad, y que informara sobre las consecuencias transfronterizas que pudiera tener respecto de dicha calidad y cantidad de aguas la mina de carbón que se proponía explotar en las márgenes del Cabin Creek.

61. A fin de responder a ese pedido, la Comisión estableció una junta de estudio —la Junta Internacional de Estudio del Río Flathead— para que realizara una evaluación técnica que sirviera de base a sus deliberaciones. La Junta estaba integrada por expertos en diversas disciplinas, con un número igual de miembros de los Estados Unidos y el Canadá. Luego de trabajar con ahínco y procurar un consenso durante más de tres años, la Junta remitió varios informes a la Comisión, que constituían una importante base técnica para la evaluación que la Comisión debía hacer del asunto<sup>154</sup>. En virtud de las conclusiones de la junta de estudio, la Comisión Mixta Internacional recomendó, a fin de que los gobiernos pudieran velar por que se acatasen las disposiciones del artículo 4 del Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas<sup>155</sup> en el caso de la mina de carbón que se proponía explotar en las márgenes del Cabin Creek, en Columbia Británica, que:

1) No se aprobara la propuesta sobre la mina en la forma en que se había definido y entendido hasta el momento;

2) No se diera en el futuro aprobación reglamentaria a la propuesta sobre la mina a menos que pudiera demostrarse:

a) Que las posibles repercusiones transfronterizas precisadas en el informe de la Junta Internacional de Estudio del Río Flathead han sido establecidas con razonable certeza y configuran un nivel de riesgo aceptable para ambos Gobiernos; y

b) Que no habrá repercusiones respecto de las poblaciones de peces para la pesca deportiva y de su hábitat en el sistema del río Flathead, o que en caso de haberlas ellas podrán remediarse plenamente en forma eficaz y segura;

3) Los Gobiernos examinasen, junto con las autoridades competentes, oportunidades de definir y poner en práctica actividades de aprovechamiento y estrategias de

---

«La Comisión no cuenta con un nutrido cuerpo técnico, sino que depende fundamentalmente de las juntas y los comités que establezca para cumplir sus funciones. Los gobiernos le han otorgado facultades para seleccionar a los técnicos más experimentados y competentes de ambos países y designarlos para integrar las juntas. Ingenieros, científicos y otros especialistas, que en general proceden de organismos gubernamentales, pasan a integrar las juntas internacionales para realizar los estudios técnicos y la labor sobre el terreno que se requieren en lo relativo a las Referencias de estudio, y en el caso de las Ordenes de Aprobación, para vigilar el cumplimiento de las ordenes

»Asisten a la Comisión en su labor una gran diversidad de juntas consultivas, de estudios y de control» (International Joint Commission [IJC], 1983-1984 *Activities Report*, pag. 8)

<sup>153</sup> IJC, *Impacts of a Proposed Coal Mine in the Flathead River Basin*, diciembre de 1988 (en adelante denominado «Informe Flathead»)

<sup>154</sup> Dichos informes se resumen en un informe de la Junta que figura en el apéndice B del Informe Flathead

<sup>155</sup> En el artículo 4 del Tratado se establece que «No se permitira que las aguas limítrofes sufran contaminación alguna en las zonas fronterizas de cada parte, en detrimento de la salubridad o los bienes de la otra parte»

<sup>148</sup> Véase Chauhan, citado *supra* en parr. 53 y nota 137

<sup>149</sup> Véase, en particular, los artículos 8 a 10 del Tratado, citados *supra* (cap. I, secc. E) en el parr. 3 c del comentario al artículo 26

<sup>150</sup> Véase, en particular, el parr. 4 del artículo VIII del Tratado, *idem*, parr. 3 b

<sup>151</sup> El Sr. J. Blair Seaborn, ex Presidente canadiense de la Comisión Mixta Internacional, ha subrayado la importancia de la determinación de hechos y el valor del trabajo de los expertos técnicos en materia de prevención y resolución de controversias sobre cursos de agua internacionales (Observaciones formuladas en un debate sobre daños transfronterizos al medio ambiente, llevado a cabo durante la reunión anual de la American Society of International Law, el 28 de marzo de 1990)

<sup>152</sup> En su informe sobre sus actividades correspondientes a 1983-1984 se observa que

ordenación que sean compatibles, equitativas y sostenibles, en la parte superior de la cuenca del río Flathead.

62. La Comisión Mixta Internacional ha seguido procedimientos análogos en otros casos<sup>156</sup>. La referida práctica, seguida por el Canadá y los Estados Unidos, ilustra claramente la importancia de remitir desde un principio las cuestiones a los expertos, a fin de que éstos determinen los hechos e informen acerca de las cuestiones técnicas. Al igual que en el caso del río Flathead, es más fácil que los expertos logren un consenso respecto de dichas cuestiones que lograrlo si ellas se abordan inicialmente a nivel diplomático. El informe del grupo de expertos puede entonces servir de base para resolver la cuestión de manera mutuamente aceptable para los Estados ribereños afectados por ella. Es probable que dichas reflexiones hayan servido también de inspiración para quienes elaboraron el Tratado de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo, en el cual se establecieron instituciones y procedimientos análogos a los previstos en el Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas.

63. El Tratado relativo al uso de las aguas del Indo, celebrado en 1960 entre la India y el Pakistán<sup>157</sup>, prevé, en el artículo VIII, el establecimiento de una Comisión Permanente del Indo<sup>158</sup>, integrada por un comisionado de cada Estado. Según el artículo VIII, los comisionados deben ser «ingenieros de alta jerarquía con competencia en la esfera de la hidrología y la utilización de recursos hídricos» (párr. 1). La Comisión es mucho más que un foro para arreglar controversias; los comisionados representan a sus respectivos gobiernos en relación con todos los asuntos que se deriven del Tratado, y «actúan como canal normal de comunicación respecto de todos los asuntos vinculados con la aplicación del Tratado...» (párr. 1).

64. El artículo IX del Tratado se titula «Arreglo de discrepancias y controversias». En él se prevé que la Comisión Permanente del Indo pondrá el mayor empeño en resolver «[t]oda cuestión que se suscite entre las Partes en lo relativo a la interpretación o aplicación de este Tratado o la existencia de cualquier hecho que, si fuese verificado, pudiese constituir una violación del presente Tratado» (párr. 1). Si la Comisión no puede resolver la cuestión, se

considera que se ha planteado una «discrepancia» (párr. 2). Cualquiera de los comisionados puede entonces remitir el asunto a un experto neutral en virtud de las disposiciones del anexo F del Tratado, siempre que el asunto, a juicio del comisionado que efectúa la remisión, esté comprendido en una de las 23 categorías establecidas en dicho anexo. El experto neutral deberá ser un ingeniero altamente cualificado (anexo F, 2.<sup>a</sup> parte, párr. 4).

65. De conformidad con el artículo IX, se estima que se ha planteado una «controversia» sólo si la cuestión no corresponde a ninguna de las 23 categorías establecidas en el anexo F o si el experto neutral decide que la «discrepancia» debe ser tratada como una «controversia» (párr. 2 b). Las «controversias» deben abordarse de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 3 a 5 del artículo IX. El párrafo 4 prevé que las partes celebren negociaciones sobre la base de un informe que les presentará la Comisión y, si así lo acuerdan, que nombren mediadores para asistirles. Con arreglo al párrafo 5, la controversia puede entonces remitirse a un tribunal arbitral, establecido por el anexo G del Tratado, si las partes convienen en ello, o a solicitud de cualquiera de las partes en razón de que la controversia probablemente no pueda resolverse mediante la negociación o la mediación, o de que la otra parte demore indebidamente las negociaciones.

66. Los procedimientos contemplados en el Tratado de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo consisten por lo tanto en una serie de etapas, que comienzan —al igual que en el Tratado de 1909 relativo a las aguas fronterizas— con esfuerzos encaminados a resolver las cuestiones en el seno de la Comisión, órgano integrado por expertos en la materia. La fase siguiente del proceso conlleva asimismo la participación de un experto, que en ese caso tiene carácter neutral. Las negociaciones, y en última instancia el arbitraje, se prevén sólo como último recurso.

67. Un tercer acuerdo que interesa a los efectos del presente estudio, aunque no se refiere a los cursos de agua internacionales, es la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, de 6 de diciembre de 1951. Dicho instrumento también prevé una intensa participación de los expertos para resolver cuestiones relativas a su interpretación o aplicación, y contiene disposiciones relativas al arreglo de controversias que bien merecen ser examinadas por la CDI. El propósito de la Convención, con arreglo al artículo I, es «actuar eficaz y conjuntamente para prevenir la introducción y la difusión de plagas y enfermedades de plantas y productos vegetales y de promover las medidas para combatirlas» (párr. 1). El artículo IX de la Convención estipula lo siguiente:

#### Artículo IX — Ajuste de diferencias

1 Si surge alguna disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Convención, o si uno de los Gobiernos contratantes estima que la actitud de otro Gobierno contratante está en conflicto con las obligaciones que imponen a este [ciertos artículos] de la Convención, [ ] el Gobierno o Gobiernos interesados pueden pedir al Director General de la FAO que designe un comité para que estudie la cuestión en disputa

2 El Director General de la FAO, después de haber consultado con los Gobiernos interesados, nombrará un comité de expertos del cual formarán parte representantes de esos Gobiernos. Dicho comité estudiará la cuestión en disputa tomando en cuenta todos los documentos y demás pruebas fehacientes presentados por los Gobiernos interesados. El comité deberá presentar un informe al Director General de la FAO quien, a su vez, lo transmitirá a los Gobiernos interesados y a los demás Gobiernos contratantes

<sup>156</sup> Veanse, por ejemplo, los procedimientos seguidos por la Comisión respecto de las cuestiones que se le remitieron acerca de los siguientes cursos de agua limítrofes: el río Skagit (Represa Ross), IJC, 1983-1984 *Activities Report*, pag. 10, el río Poplar, IJC, *Report to December 1982*, pag. 17, y cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (vease nota 1 *supra*), párr. 87, río Richelieu-Lago Champlain, IJC, *Report to December 1982*, pag. 18, Lago Osoyoos, *ibid.*, pag. 19, río St. Croix, *ibid.*, pag. 20, IJC, *Activities Report 1985*, pag. 16, IJC, *Activities Report 1986*, pag. 13, e IJC, *Activities 1987-1988*, pag. 24, St. Mary's Rapids, IJC, *Activities Report 1985*, pag. 13, Lake of the Woods y Rainy Lake, IJC, *Activities Report 1986*, pag. 13, e IJC, *Activities 1987-1988*, pag. 24, y naturalmente los Grandes Lagos, que se mencionan en casi todos los informes preparados por la Comisión Mixta Internacional. Vease también el análisis que hace Bourne del papel que ha desempeñado la Comisión en la controversia sobre el Río Columbia, «Mediation», *loc cit* (nota 116 *supra*), págs. 119 a 122.

<sup>157</sup> Veanse las disposiciones de este Tratado, en especial el párr. 4 del artículo VIII, citadas *supra* (cap. I, secc. E) en el comentario al proyecto de artículo 26. Veanse también el análisis del Tratado y, en particular, las disposiciones de interés para el presente tema, en R. R. Baxter, «The Indus Basin», en Garretson, Hayton y Olmstead, eds., *op cit* (nota 14 *supra*), págs. 471 y ss.

<sup>158</sup> El difunto Richard R. Baxter suponía que la Comisión del Indo se había inspirado en la Comisión Mixta Internacional de los Estados Unidos y el Canadá (*ibid.*, pag. 471).

3 Los Gobiernos contratantes convienen en que las recomendaciones de dicho comité, aunque no tienen carácter obligatorio, constituirán la base para que los Gobiernos interesados examinen de nuevo las cuestiones que dieron lugar al desacuerdo

4 Los Gobiernos interesados sufragaran por igual los gastos de los expertos

68. En esta Convención, en lugar de recurrir a una comisión permanente para designar el grupo de expertos, se recurre a un tercero, el Director General de la FAO. En el contexto de los cursos de agua internacionales también puede concebirse un enfoque de esa naturaleza, que merecería ser examinado por la CDI. En el caso del presente proyecto de artículos, el tercero podría ser el Director General de la FAO, quien podría aprovechar su experiencia adquirida en virtud de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, el Director General del PNUMA, el Secretario General de las Naciones Unidas u otra persona u organización de carácter neutral.

69. Otro punto que vale la pena destacar es que el artículo IX de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, el cual incorpora en su totalidad el proceso de resolución de controversias, no prevé que pueda recurrirse en última instancia al arbitraje o a la decisión judicial obligatorios. En lugar de ello, se establece la transmisión a las partes interesadas, y a las demás partes en la Convención, de un informe no obligatorio que incluye recomendaciones. Las partes en la controversia deben entonces «examinar de nuevo» el asunto que ha originado el desacuerdo, tomando como base las recomendaciones del comité de expertos. Dicho enfoque podría incitar a los Estados a que recurrieran al procedimiento, ya que éste no culmina con una decisión obligatoria. Al mismo tiempo, podría servir en cierto grado de incentivo para que los Estados interesados resolvieran sus discrepancias sobre la base de las recomendaciones del comité. El incentivo no sólo se derivaría del compromiso de las partes mencionado en el párrafo 3, sino también del hecho de que las recomendaciones del comité se hubieran señalado a la atención del Director General y de las demás partes contratantes. Las partes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio emplean un sistema análogo.

70. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio aborda el arreglo de controversias en sus artículos XXII y XXIII. Los procedimientos contemplados en dichos artículos fueron mejorados y perfeccionados en un Entendimiento aprobado en noviembre de 1979 por las Partes Contratantes del Acuerdo General<sup>159</sup>.

71. De conformidad con lo dispuesto en el artículo XXII (Consultas) del Acuerdo General, cada parte contratante examinará «con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá prestarse a la celebración de consultas sobre dichas representaciones cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo» (párr. 1). Este artículo prevé asimismo que si no se ha podido encontrar una solución satisfactoria para una cuestión por medio de consultas, las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, «entablar consultas con una o más partes contratantes» con respecto a dicha cuestión (párr. 2).

<sup>159</sup> «Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia», decisión de 28 de noviembre de 1979 (GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos* [N.º de venta GATT/1980-3], págs. 229 y ss.)

72. En el párrafo 2 del artículo XXIII (Protección de las concesiones y de las ventajas) se establece un procedimiento de conciliación para resolver cualquier discrepancia entre las partes que no se haya arreglado de manera bilateral. Concretamente, una de las partes puede remitir la cuestión a las Partes Contratantes, las cuales habrán de investigar la y «formularán recomendaciones a las partes contratantes que, a su juicio, se hallen interesadas, o estatuirán acerca de la cuestión». En la práctica, las partes en una controversia generalmente han pedido que se creara un grupo especial de expertos para investigar el asunto y presentar un informe al respecto. Los grupos especiales creados en virtud del Acuerdo General se componen de tres a cinco personas que son seleccionadas por el Director General del GATT<sup>160</sup> y que actúan a título personal<sup>161</sup>. El Entendimiento de 1979 prevé que: «De preferencia, los miembros de un grupo especial serán funcionarios públicos», pero no deberán ser nacionales de los países cuyos gobiernos sean parte en la diferencia<sup>162</sup>. Sin embargo, es cada vez más frecuente que se llame a expertos que no son funcionarios públicos para integrar los grupos especiales, en parte debido a la utilización cada vez mayor de los procedimientos del Acuerdo General para el arreglo de controversias y a la consiguiente necesidad de ampliar la reserva de expertos.

73. Con arreglo al Entendimiento de 1979,

[ ] cada grupo especial deba hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido y, concretamente, una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad del Acuerdo General y de la conformidad con este [ ] y los grupos especiales) deberán consultar regularmente con las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de elaborar una solución mutuamente satisfactoria<sup>163</sup>

De hecho, alentar a las partes a que encuentren una solución mutuamente satisfactoria es el objetivo primordial de los procedimientos de arreglo de controversias del Acuerdo General. El grupo especial debe presentar su informe primero a las partes interesadas y luego a las Partes Contratantes. Estas, actuando por conducto del Consejo del GATT, normalmente aprueban el informe del grupo especial y, según proceda, hacen recomendaciones o dictan resoluciones. Las Partes Contratantes deben luego vigilar «la evolución de todo asunto sobre el cual hayan hecho recomendaciones o dictado resoluciones»<sup>164</sup>.

74. En el párrafo 2 del artículo XXIII del Acuerdo General se estipula además que, cuando las Partes Contratantes

[ ] consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes

<sup>160</sup> En el párrafo 13 del Entendimiento de 1979 se establece que

«13 Para facilitar la formación de los grupos especiales, el Director General deba mantener una lista indicativa oficiosa de personas, funcionarios públicos o no, competentes en la esfera de las relaciones comerciales, del desarrollo económico y en otras materias abarcadas por el Acuerdo General, con las cuales se pueda contar para la formación de los grupos especiales [ ]» (*Ibid.*, pag. 231)

<sup>161</sup> Véase el párrafo 14 del Entendimiento de 1979, en el que se prevé que

«[ ] Los miembros del grupo especial deberán ser elegidos de manera que queden aseguradas la independencia de estos y la participación de personas con una formación suficientemente variada y una experiencia muy amplia» (*Ibid.*, pag. 232)

<sup>162</sup> Parr. 11 (*ibid.*, pag. 231)

<sup>163</sup> Parr. 16 del Entendimiento de 1979 (*ibid.*, pag. 232)

<sup>164</sup> Parr. 22 del Entendimiento de 1979 (*ibid.*, pag. 233)

tes para que suspendan, con respecto a una o mas partes contratantes, la aplicacion de toda concesion o el cumplimiento de otra obligacion resultante del Acuerdo General cuya suspension estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias [ ]<sup>165</sup>

Tales medidas «de represalia» fueron sin embargo autorizadas sólo una vez en la historia del GATT<sup>166</sup>. En general, las partes en la controversia suelen aceptar los informes de los grupos especiales o utilizarlos como base para un arreglo negociado.

75. Al igual que los acuerdos que se han reseñado anteriormente en la presente sección, los procedimientos de arreglo de controversias del Acuerdo General consisten en una serie de etapas o estados sucesivos, y en ellos se hace abundante uso de informes y recomendaciones de expertos. Un rasgo singular del proceso establecido por el Acuerdo General, que no aparece en ninguno de los demás instrumentos mencionados, es la disposición de que las Partes Contratantes, actuando de consuno, aprueben los informes de los grupos especiales, hagan recomendaciones o dicten resoluciones, y autoricen medidas de ejecución. La utilización de este procedimiento, que equivaldría a una conferencia de las partes<sup>167</sup>, da mayor fuerza a los informes de los grupos especiales, que de otro modo no serían obligatorios. Aunque no llega a ese extremo, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria de 1951 utiliza la comunicación, a todas las partes en la Convención, de los informes de los comités de expertos como un fuerte incentivo para que sean acatados.

76. Otro acuerdo que cabe mencionar aquí es la Convención relativa al aprovechamiento de fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados, firmada en Ginebra el 9 de diciembre de 1923<sup>168</sup>. En su artículo 12, la Convención establece fundamentalmente que las controversias deben remitirse a un organismo técnico creado por la Sociedad de las Naciones a fin de que emita una opinión consultiva:

#### Artículo 12

Si se suscita entre los Estados contratantes una diferencia respecto a la aplicacion o a la interpretacion de la Convencion y esa diferencia no puede solucionarse ya sea directamente entre las partes, ya sea por cualquier otro medio de solucion amistosa, las partes podran someterla a la opinion consultiva del organo que la Sociedad de las Naciones instituya como organo consultivo y tecnico de los Miembros de la Sociedad en lo que se refiere a las comunicaciones y el transito, a menos que hayan decidido o decidan de comun acuerdo recurrir a otro procedimiento, ya sea consultivo, arbitral o judicial

[ ]

Así pues, la Convención de Ginebra de 1923, al igual que otros acuerdos reseñados en la presente sección, establece

<sup>165</sup> El parrafo 2 preve a continuacion que una parte contratante que sea objeto de una medida de suspension podra denunciar el Acuerdo General en un plazo de sesenta dias

<sup>166</sup> Vease la resolucion de las Partes Contratantes, de 8 de noviembre de 1952, relativa a las restricciones a la importacion de productos lacteos a los Estados Unidos de America (GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supplement N° 1 [N° de venta GATT/1953-1], pag 32)

<sup>167</sup> Se preve dicho procedimiento en el proyecto de articulo 7 del anexo I (vease cap III, secc B, *supra*)

<sup>168</sup> En el informe del Secretario General de 1963, titulado «Problemas juridicos relativos al aprovechamiento y uso de los rios internacionales», esta Convencion es el unico instrumento incluido en la categoria de las «Convenciones generales que se refieren exclusivamente al uso y al aprovechamiento de rios internacionales» (*Anuario 1974*, vol II [segunda parte], pag 61, documento A/5409, parr 68)

que las controversias se sometan a un grupo de expertos a fin de que éste emita una opinión objetiva y no obligatoria. Ello confirma que ya en los primeros decenios del presente siglo, los Estados reconocían la importancia de hacer participar a los expertos en los procedimientos encaminados a evitar y resolver las controversias referentes a los cursos de agua internacionales.

77. Por último, un detalle que resulta de interés en el presente contexto, aunque no se refiere a la práctica de los Estados en sí, es el procedimiento seguido por el Banco Mundial en su examen de los proyectos propuestos en relación con cursos de agua internacionales. Una vez que el Estado que presenta el proyecto o el Banco han notificado de la propuesta a los demás Estados ribereños, se otorga a éstos un plazo razonable para responder<sup>169</sup>. Si esos otros Estados plantean objeciones al proyecto propuesto, el Banco puede solicitar una opinión de expertos independientes en casos apropiados. Los expertos no tienen atribuciones para adoptar decisiones en la tramitación del proyecto, pero, si se les pide asesoramiento, el personal del Banco debe examinar el informe y las conclusiones de los expertos antes de adoptar una decisión acerca de si se ha de continuar tramitando el proyecto<sup>170</sup>.

78. Dado que muchos de los proyectos de mayor entidad sobre cursos de agua internacionales acarrearán la financiación del Banco Mundial, dichos procedimientos constituyen un medio particularmente eficaz para evitar controversias entre Estados ribereños del curso de agua respecto de los proyectos propuestos, o, para utilizar la expresión que se emplea en el presente proyecto de artículos, de las medidas proyectadas. A los efectos del presente estudio, resulta por consiguiente de interés observar que en los procedimientos que sigue el Banco para decidir acerca de los proyectos propuestos se prevé la posibilidad de que se pida asesoramiento a los peritos, presumiblemente porque se reconoce que su asistencia es útil para estructurar una solución a los conflictos reales o potenciales respecto de los usos de los cursos de agua internacionales.

79. Sin embargo, no hay que perder de vista el valor particular que revisten los organismos de carácter permanente integrados por peritos en comparación con los organismos de carácter especial. Las comisiones mixtas permanentes pueden establecer relaciones de trabajo durante un largo período, hacerse merecedoras de confianza, establecer una comunicación eficaz, y adquirir una mejor perspectiva y conocimientos más detallados sobre las características y circunstancias del sistema del curso de agua internacional de que se trate; un organismo especial difícilmente puede hacer lo mismo. En algunos casos la decisión de recurrir a un organismo especial puede ser totalmente desacertada. Por ejemplo, Bourne señala que el hecho de que el Afganistán y el Irán no hayan aceptado el informe de la Comisión del delta del río Helmand puede atribuirse en parte a la composición de esa comisión (integrada por ingenieros de países no interesados) y al corto lapso en que preparó su informe<sup>171</sup>:

<sup>169</sup> Dicho procedimiento de notificacion y respuesta es sorprendentemente similar al que se propone en la parte III del proyecto de articulos que se examina, titulado «Medidas proyectadas» (*Anuario 1988*, vol II [segunda parte], pags 49 y ss)

<sup>170</sup> Banco Mundial, *Operational Manual*, «Operational directive 7 50 Projects on international waterways», Washington (D C), abril de 1990

<sup>171</sup> La Comision, que fue establecida mediante un acuerdo entre el Af-  
(Continuacion en la pagina siguiente)

[ ] «Era la Comisión, aunque sin duda muy eficiente y sólida desde el punto de vista de su competencia en la ingeniería, el tipo de organismo que tenía la formación, la inclinación y especialmente el tiempo necesarios para conciliar desavenencias políticas muy profundas» [ ] La experiencia de la Comisión del delta del río Helmand sugiere que una comisión mixta permanente integrada por nacionales de los Estados ribereños de la cuenca hidrográfica de que se trate puede ser un instrumento más eficaz para componer las discrepancias<sup>172</sup>

En los materiales que se presentan en el capítulo I del presente informe en relación con la gestión institucional mixta pueden encontrarse otros argumentos en apoyo de dicha conclusión<sup>173</sup>.

80. La reseña que antecede de la práctica de algunos Estados y organizaciones internacionales ejemplifica métodos para evitar y resolver controversias que, a juicio del Relator Especial, se adaptan especialmente bien a las cuestiones relativas a la utilización y protección de los cursos de agua internacionales. Ello se debe a que las respuestas a dichas cuestiones dependen con frecuencia de la verificación de los hechos y de la aplicación de la ciencia y la tecnología, procesos que nadie puede llevar a cabo mejor que los expertos. Por lo tanto, algunos de los procedimientos empleados en los acuerdos que se reseñan en la presente sección se adaptarán para ser incorporados en los proyectos de artículos del anexo II (véase secc. F *infra*). Por otra parte, esos proyectos de artículos también se basan en la labor de las organizaciones internacionales en esta esfera, que se examinará brevemente en la sección siguiente.

#### D.—La labor de las organizaciones internacionales

81. Como sucede con las demás cuestiones de que tratan los presentes proyectos de artículos, las organizaciones internacionales han efectuado una valiosa contribución a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho y las instituciones en la esfera del arreglo de las controversias sobre cursos de agua. El Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales ha destacado en su informe que es importante examinar inicialmente las cuestiones atinentes a la utilización de los cursos de agua internacionales en el plano técnico, y ha señalado que es especialmente ventajoso recurrir para estos fines a las instituciones mixtas existentes,

[ ] porque los funcionarios profesionalmente capacitados y experimentados que tratan a diario problemas de recursos hidráulicos internacionales y sus homologos profesionales son quienes están en mejor posición para reunir y evaluar los muchos y complejos datos objetivos y para ponderar los aspectos científicos, técnicos y de administración [ ] Además, la influencia de consideraciones ajenas, incluidas las políticas cuando no guardan relación con el problema de que se trate, puede reducirse al mínimo del mejor modo si se delegan facultades importantes para adoptar decisiones, al menos en primera instancia, en los expertos directamente afectados [ ] De esa forma será menos probable que los trabajos en proyectos de recursos hidráulicos internacionales se vean retrasados o interrumpidos y que se deformen o interpreten equivocadamente los aspectos de la cuestión [ ]<sup>174</sup>

(Continuación de la nota 171)

ganistan y el Iran de 7 de septiembre de 1950, publicó su informe en febrero de 1951. Véase *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 200 y 201, documento A/5409, párrs 1036 y 1037

<sup>172</sup> Bourne, «Mediation», *loc cit* (nota 116 *supra*), pág 122

<sup>173</sup> Véanse también las conclusiones del Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales, citadas en el párr 81 *infra*

<sup>174</sup> Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (véase nota 4 *c supra*), párr 457. Las siguientes observaciones

Ello subraya la importancia de incorporar «medios y procedimientos que permitan prevenir las controversias en las relaciones institucionales entre Estados miembros del sistema»<sup>175</sup>.

82. En su resolución sobre el «Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)», que aprobó en Salzburgo en 1961<sup>176</sup>, el Instituto de Derecho Internacional abordó la cuestión del arreglo de controversias principalmente en el contexto de nuevas obras o nuevos usos. Con arreglo al artículo 3 de esa resolución, los desacuerdos sobre el alcance de los derechos de uso habrán de resolverse por los Estados «a base de equidad, teniendo en cuenta sus necesidades respectivas, así como otras circunstancias propias del caso». En el artículo 6 se estipula que, en caso de plantearse alguna objeción a una obra o forma de utilización, «los Estados entrarán en negociaciones con el fin de llegar a un acuerdo dentro de un plazo razonable» y que, con tal fin, «es de desear que los Estados acudan al dictamen de peritos y, en su caso, a las comisiones y los organismos apropiados a fin de llegar a las soluciones más beneficiosas para todos los interesados». En el artículo 8, el Instituto recomienda que los Estados que no lleguen a un acuerdo en un plazo razonable sometan la cuestión a una decisión judicial o arbitral. Por último, en el artículo 9 de la resolución se establece lo siguiente:

#### Artículo 9

Se recomienda a los Estados interesados en cuencas hidrográficas determinadas que estudien la conveniencia de crear organismos comunes para la preparación de planes de aprovechamiento destinados a facilitar su desarrollo económico, así como a prevenir y solucionar las controversias que puedan producirse

De esa manera, en la resolución del Instituto se reconocen tanto las ventajas de recurrir al asesoramiento de los peritos como de establecer instituciones mixtas para ordenar los cursos de agua internacionales y para evitar y resolver las controversias.

83. La Asociación de Derecho Internacional se ocupó del tema de los «Procedimientos para la prevención y arreglo de controversias» en el capítulo 6 de las Normas de Helsinki sobre el Uso de las Aguas de los Ríos Internacionales<sup>177</sup>. El capítulo, que contiene 12 artículos (arts. XXVI a

de Bourne relativas a la controversia sobre el río Columbia, de la cual eran partes el Canadá y los Estados Unidos de América, confirman las conclusiones del Grupo de Expertos

«[ ] la historia de la controversia sobre el río Columbia sugiere que uno de los aspectos más valiosos de una comisión mixta es que proporciona un foro en el cual los Estados ribereños de la cuenca hidrográfica pueden polemizar vigorosamente acerca de las reclamaciones de los demás Estados sin que sus gobiernos se vean obligados a participar al más alto nivel. De hecho, no existía una polémica seria acerca del río Columbia entre los Gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos [ ] En la Comisión [Mixta Internacional] se trabajó con ahínco sobre las cuestiones y en última instancia se llegó a un acuerdo sobre los principios que pasaron a ser la base del Tratado de 1961» («Mediation», *loc cit* [nota 116 *supra*], pág 122)

<sup>175</sup> Tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 2 *supra*), párr 474

<sup>176</sup> Véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1961, Basilea, vol 49, tomo II, págs 370 a 373, texto reproducido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pág 214, documento A/5409, párr 1076

<sup>177</sup> ILA, *Report of the Fifty-second Conference* (véase nota 38 *supra*), págs 516 y ss., texto reproducido en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pág 389, documento A/CN.4/274, párr 405

XXXVII), se aplica a «cualquier clase de uso, incluida la navegación, el acarreo de madera y los usos destinados al consumo de las aguas de las cuencas hidrográficas internacionales, y a la contaminación de esas aguas»<sup>178</sup>. Se complementa mediante un anexo relativo a la aplicación del artículo XXXIII, titulado «Modelo de normas para la constitución de la comisión de conciliación para el arreglo de una controversia»<sup>179</sup>. Como dichos artículos se han reproducido *in extenso* en el tercer informe del Sr. Schwebel<sup>180</sup>, en el presente sólo se expondrán en forma resumida.

84. Después de recordar la obligación consagrada en el párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, se señala en los artículos que los Estados tienen la «obligación primaria» de recurrir a los medios de resolución de controversias establecidos en los tratados aplicables (art. XXVIII). Se enumeran a continuación varios procedimientos que se recomiendan para prevenir controversias (art. XXIX) que, salvo en lo que respecta a su naturaleza no obligatoria, son muy semejantes a los procedimientos contenidos en la parte III del proyecto de artículos sobre el presente tema aprobada por la Comisión en su 40.º período de sesiones. Los seis artículos que siguen establecen una serie graduada de medios para el arreglo de controversias que se recomiendan a las partes. La Asociación recomienda que los Estados interesados busquen primero un arreglo mediante negociaciones (art. XXX) o que sometan la cuestión a una entidad mixta (art. XXXI). Si la controversia persiste, se recomienda que las partes busquen los buenos oficios o que soliciten conjuntamente la mediación de un tercer Estado, de una organización internacional apropiada o de una persona competente (art. XXXII). Si con tales métodos no puede resolverse la controversia, se recomienda que los Estados afectados formen una comisión investigadora o una comisión *ad hoc* de conciliación y, en este último caso, que ella se constituya en la forma establecida en el anexo mencionado *supra* (art. XXXIII). Por último, se recomienda que las partes sometan la controversia a un tribunal arbitral *ad hoc*, a un tribunal arbitral permanente o a la CIJ en cualquiera de los siguientes casos: si las partes no hubieren podido formar una comisión; si la comisión se hubiese formado pero no hubiera encontrado una solución recomendable; si hubiera encontrado una solución pero la recomendación no hubiera sido aceptada por las partes; o si no se hubiese llegado de ninguna otra manera a un acuerdo (art. XXXIV).

85. En los estudios de los expertos<sup>181</sup> y en los informes de relatores especiales anteriores<sup>182</sup> se han destacado las ventajas de un sistema de procedimiento compuesto de diversas etapas progresivas para la resolución de controversias relativas a los cursos de agua, tal como se recomienda en las Normas de Helsinki. Sin embargo, se ha sugerido que, antes de que recurran a la asistencia de un

tercero, los Estados deberían hacer todo lo posible por resolver las cuestiones de manera bilateral<sup>183</sup>. Concretamente, deberían prever la posibilidad de que las conclusiones formuladas a niveles inferiores fueran «revisadas» por instituciones mixtas o al menos por un grupo de profesionales. En la práctica de los Estados en materia de tratados hay antecedentes de la utilización de diversas etapas progresivas en el contexto bilateral<sup>184</sup>. Dichas razones probablemente llevaron a los dos Relatores Especiales anteriores a proponer procedimientos para el arreglo de controversias que abarcan una serie de etapas. En la sección que sigue se resumirán sus propuestas.

#### E.—Propuestas de Relatores Especiales anteriores

86. El proyecto de artículo 16 presentado por el Sr. Schwebel en su tercer informe se titula «Principios y procedimientos para la prevención y solución de controversias»<sup>185</sup>. El artículo comienza declarando la obligación de los Estados de resolver sus controversias por medios pacíficos (párr. 1), y luego enuncia una serie de principios sustantivos que deben regir el arreglo de las diferencias y controversias (párr. 2). Con posterioridad se pide a los Estados interesados que empleen sus mejores esfuerzos para componer sus diferencias, con miras a evitar que surjan controversias (párr. 3). Si mediante las consultas y negociaciones no se llega a una solución tras un período razonable, cualquiera de los Estados interesados tendrá derecho a «solicitar la constitución de una comisión de investigación internacional que deberá indagar e informar sobre los hechos pertinentes a la diferencia no resuelta» (párr. 4 a). Sin embargo, otro Estado puede demorar la constitución de esa comisión por un período de hasta seis meses si «convoc[a] a un período de negociaciones intensificadas...» (párr. 4 b).

87. El proyecto de artículo 16 prevé a continuación que si se constituye una comisión de investigación internacional, el informe de ésta deberá ser la base de nuevas negociaciones entre los Estados afectados, los cuales «se esforzarán por lograr una solución justa y equitativa de su diferencia» (párr. 4 d). En caso de que no se logre la solución de la diferencia mediante negociación dentro de un plazo de seis meses, el asunto podrá ser sometido a conciliación (párr. 4 e). Por último, si la conciliación no logra resolver la diferencia, y a menos que exista un acuerdo mutuamente obligatorio para los Estados afectados que sea

<sup>183</sup> Veanse el tercer informe del Sr. Schwebel, *ibid*, Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales*, cap V, y el análisis del asunto relativo a la Comisión del delta del río Helmand, párr 79 *supra*

<sup>184</sup> La práctica de la Comisión Mixta Internacional Canadá-Estados Unidos (veanse párrs 59 a 62 *supra*) permite en efecto esa clase de revisión los informes de las «juntas» técnicas son remitidos a la Comisión para que esta los examine. Veanse también el Convenio de 17 de septiembre de 1955 entre Italia y Suiza relativo a la regularización del Lago de Lugano, en cuyo artículo VI se preve la creación de una comisión paritaria de vigilancia, y el Convenio de 10 de abril de 1922 entre Dinamarca y Alemania relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera germano-danesa, que otorga a la Comisión Superior de Aguas Limitrofes facultades para revisar las decisiones de la Comisión de Aguas Limitrofes (arts 2 y 3) (Es interesante observar que las decisiones sobre la reglamentación de la conservación de las aguas limitrofes, adoptadas en forma unánime por la Comisión de Aguas Limitrofes, son inapelables [art 6])

<sup>185</sup> Documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párr 497

<sup>178</sup> Primer párrafo del comentario al artículo XXVI (ILA, *Report of the Fifty-second Conference*, pág 517)

<sup>179</sup> *Ibid*, pag 531

<sup>180</sup> Documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párr 494

<sup>181</sup> Vease, en general, Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (nota 4 c *supra*), cap V, «Procedimientos de solución y arreglo de controversias», párr 455

<sup>182</sup> Vease el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (nota 2 *supra*), párrs 478 y 479

aplicable a la solución de controversias por arbitraje o decisión judicial, cualquiera de ellos podrá «declarar que el asunto es una controversia internacional y solicitar su resolución por arbitraje o decisión judicial de conformidad con los procedimientos optativos anexos a estos artículos» (párr. 4 f).

88. El capítulo V del proyecto de artículos presentado por el Sr. Evensen en su primer informe se titula «Solución de controversias» y consta de ocho artículos (arts. 31 a 38)<sup>186</sup>. El artículo 31 exhorta a los Estados a que resuelvan sus controversias por medios pacíficos y a que procuren «su solución por los medios indicados en el párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta» (párr. 1). A continuación dice que ninguna de las disposiciones de dicho capítulo menoscabará los efectos de ningún acuerdo que hayan concertado independientemente las partes para la solución de sus controversias (párr. 2). El artículo 32 prevé, como primera etapa del procedimiento para la solución de controversias, la celebración de consultas y negociaciones, con miras «a llegar a una solución justa y equitativa de la controversia» (párr. 1); los Estados interesados pueden realizar consultas y negociaciones directamente, por conducto de cualquier comisión mixta de gestión que ya exista, o de «otros órganos u organismos regionales o internacionales aceptados por las partes» (párr. 2). En virtud del artículo 33, los Estados interesados podrán «establecer [...] una comisión investigadora integrada por expertos calificados, con objeto de establecer los hechos pertinentes [...] a fin de facilitar las consultas y negociaciones [...]» (párr. 1); podrán también, de común acuerdo, solicitar la mediación de un tercer Estado, que los ayude a realizar sus consultas y negociaciones (párr. 2).

89. La siguiente etapa, prevista en el artículo 34, es la conciliación, a la cual puede recurrirse mediante acuerdo de las partes en la controversia (párr. 1), y luego se establecen procedimientos para integrar una comisión de conciliación (párrs. 2 a 4). El artículo 35 define las funciones y tareas de la comisión, y el artículo 36 los efectos del informe de la comisión y la forma en que han de distribuirse entre las partes los gastos de la comisión. El artículo 37 se ocupa de la etapa final del procedimiento de solución de controversias, que es la decisión de «la Corte Internacional de Justicia, otro tribunal internacional o un tribunal arbitral permanente o especial», siempre que las partes en la controversia convengan en este procedimiento. El artículo 38 dispone que la decisión de cualquiera de los organismos mencionados es vinculante y definitiva.

90. El Relator Especial estima que la Comisión podría examinar con provecho cualquiera de los sistemas de solución de controversias propuestos por el Sr. Schwebel y el Sr. Evensen. No obstante, se inclinaría por no incluir en las propias disposiciones relativas a la solución de controversias principios o normas de carácter sustantivo<sup>187</sup>, ni procedimientos para establecer comisiones u otros organismos o normas que rijan sus funciones<sup>188</sup>. A juicio del Relator Especial, se trata de cuestiones de detalle que es mejor remitir a cualquier conferencia en la que se examine el presente proyecto de artículos. Las propuestas del Sr. Evensen al respecto representarán, sin duda alguna, un

valioso punto de partida para seguir avanzando. No obstante, se considera que los criterios básicos incorporados en ambos conjuntos de disposiciones son sólidos y, por consiguiente, el Relator Especial recurrirá a ellos con frecuencia en el proyecto de artículos que propone en la sección siguiente.

## F.—Anexo propuesto

### ANEXO II

#### DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y ARREGLO DE CONTROVERSIAS

##### A.—Determinación de los hechos

###### *Artículo 1.—Determinación de los hechos*

1. Se iniciará la determinación de los hechos a solicitud de un Estado del curso de agua con el fin de demostrar la existencia de los hechos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados del curso de agua con arreglo a los presentes artículos.

2. La determinación de los hechos mencionada en el párrafo 1 podrá estar a cargo de una organización conjunta competente establecida por los Estados del curso de agua o, en su ausencia, por una comisión especial de expertos establecida por acuerdo de los Estados del curso de agua interesados.

3. En ausencia de una organización conjunta competente para realizar la determinación de los hechos, y si los Estados del curso de agua interesados no pueden acordar el establecimiento de una comisión especial de expertos dentro del plazo de seis meses de la solicitud inicial de determinación de los hechos, se establecerá una comisión indagatoria a solicitud de cualquiera de ellos [de conformidad con los procedimientos que figuran en el apéndice].

4. La comisión indagatoria determinará su propio procedimiento, el lugar o los lugares en que se reunirá y todos los demás asuntos administrativos.

5. Los Estados del curso de agua proveerán a cualquier órgano que realice actividades de determinación de los hechos de conformidad con los presentes artículos todos los medios y facilidades que requiera para su investigación e informe. En particular, le darán libre acceso a sus territorios a los efectos del cumplimiento de su cometido.

### *Comentario*

1) El artículo 1 del presente anexo se refiere a la determinación de los hechos, es decir, la comprobación de la información fáctica necesaria para permitir que los Estados del curso de agua cumplan sus obligaciones con arreglo al proyecto de artículos. A diferencia de los criterios seguidos por sus predecesores, el Relator Especial ha dispuesto el presente artículo en una parte separada del anexo porque su aplicación no se limita a los casos en que haya surgido una «controversia»<sup>189</sup>. De hecho, se prevé que el

<sup>186</sup> Documento A/CN.4/367 (véase nota 3 *supra*), párrs. 207 a 231.

<sup>187</sup> Cf. párr. 2 del art. 16 propuesto por el Sr. Schwebel.

<sup>188</sup> Cf. arts. 34 y 35 propuestos por el Sr. Evensen.

<sup>189</sup> La obligación de los Miembros de las Naciones Unidas de arreglar sus diferencias por medios pacíficos con arreglo al párrafo 3 del Artículo 2

acceso de los Estados del curso de agua a un mecanismo de determinación de los hechos con frecuencia impedirá el surgimiento de controversias al eliminar toda duda en cuanto al carácter de los hechos pertinentes.

2) La determinación de los hechos, en tanto medio para mantener la paz y la seguridad internacionales, ha sido objeto de atención considerable últimamente en el contexto de la labor del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización<sup>190</sup>. En el documento de trabajo presentado al Comité Especial sobre la «Determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»<sup>191</sup>, la determinación de los hechos se define de la manera siguiente: «toda actividad encaminada a averiguar los hechos necesarios para que los órganos competentes de las Naciones Unidas puedan desempeñar eficazmente sus funciones en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (párr. 2). En el documento de trabajo se señala que «la determinación de los hechos debería ser completa, objetiva e imparcial» (párr. 3) y que «las misiones de determinación de los hechos deberían cumplir sus tareas con imparcialidad. Sus integrantes no deberían solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad que no sea el órgano competente de las Naciones Unidas» (párr. 25). Según el documento de trabajo, «el objetivo de las misiones de determinación de los hechos debería ser tener un conocimiento objetivo y detallado de los hechos» (párr. 5). Además, la decisión «de proceder a una determinación de los hechos debería contener siempre un mandato claro, así como instrucciones precisas respecto del informe. El informe debería limitarse a una exposición de los hechos» (párr. 12). El documento de trabajo recomienda que las misiones de determinación de los hechos gocen «de todas las libertades y facilidades necesarias para el cumplimiento de sus tareas» (párr. 22), así como «de los privilegios e inmunidades especificados en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas» (párr. 23). Finalmente, se estipula que «Debería alentarse al Secretario General a preparar y mantener al día una lista de expertos en diversos ámbitos que pudieran participar en cualquier momento en misiones de determina-

ción de los hechos. Dentro del marco de los recursos existentes, también debería mantener y ampliar la capacidad técnica para el caso de que surgiesen misiones de emergencia para la determinación de los hechos» (párr. 30).

3) Como se indica en el párrafo 1 del presente comentario, el artículo 1 debe poder aplicarse incluso en los casos en que no haya surgido todavía una «controversia» entre los Estados del curso de agua; se desprende de ello que sería aplicable bastante antes de que existiera una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, son aplicables todas las demás características individualizadas en el párrafo anterior, *mutatis mutandis*, en el caso de la determinación de los hechos con arreglo a los presentes artículos.

4) En el párrafo 1 se establece el derecho de todo Estado del curso de agua a solicitar la determinación de los hechos. Como se observó anteriormente, ese proceso puede resultar necesario para sentar los fundamentos fácticos de la aplicación de las normas jurídicas contenidas en los artículos.

5) Los Estados del curso de agua que soliciten la determinación de los hechos con arreglo al párrafo 1 podrían limitarse a los que hubieran sido afectados por el hecho o los hechos que se trata de determinar. Pero esa exigencia podría a su vez dar lugar a dudas en cuanto a si el Estado solicitante había sido de verdad «afectado» por los hechos de que se trate. A fin de evitar ese problema, y como sería desusado que los Estados del curso de agua no afectados hicieran esa solicitud, el Relator Especial decidió no introducir una exigencia adicional de ese tipo.

6) Los párrafos 2 a 5 se ocupan del órgano que haría la determinación de los hechos solicitada con arreglo al párrafo 1. Disponen que la indagación podrá encomendarse a una organización conjunta establecida por los Estados del curso de agua interesados (tal como se prevé en el artículo 26, presentado *supra* [cap. I, secc. E]), en tanto ese órgano tenga competencia con arreglo a su instrumento de constitución para realizar ese tipo de funciones. A falta de una organización conjunta competente, puede realizar la determinación de los hechos una comisión especial de expertos establecida por acuerdo de los Estados del curso de agua interesados. Como se indica en el plan esquemático que sigue la Comisión en su labor relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, los Estados interesados tienen la obligación de «cooperar de buena fe para llegar a un acuerdo con el Estado afectado sobre la organización y el mandato de la investigación, así como sobre la creación del mecanismo de determinación de los hechos. [Los] Estados aportarán a la investigación toda la información pertinente de que dispongan»<sup>192</sup>. Con arreglo al presente proyecto de artículos, la fuente específica de la obligación de los Estados del curso de agua de cooperar en el cumplimiento de sus obligaciones dimanadas de los artículos, incluida la determinación de los hechos pertinentes, es el artículo 9 (Obligación general de cooperar).

de la Carta se aplica solo a las «controversias», otros tipos de desacuerdos o cuestiones no se rigen por esa disposición, aunque puedan quedar sujetos a otras normas de derecho internacional. En el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, la CPJI, al determinar si tenía competencia con arreglo al artículo 26 del Mandato sobre Palestina, definió la expresión «controversia» de la manera siguiente: «Una controversia es un desacuerdo relativo a una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones o intereses jurídicos entre dos personas» (Fallo de 30 de agosto de 1924, *CPJI serie A N° 2*, pag. 11). Hay otros asuntos relativos al concepto de «controversia», veanse, por ejemplo, *Compagnie d'électricité de Sofia et de la Bulgarie*, fallo de 4 de abril de 1939, *CPJI serie A/B N° 77*, págs. 64 y 83, asunto del *Cameroun septentrional*, fallo de 2 de diciembre de 1963, *CIJ Recueil 1963*, págs. 33 y 34, y *Essais nucléaires*, fallo de 20 de diciembre de 1974, *CIJ Recueil 1974*, págs. 260, 270 y 271.

<sup>190</sup> Véase el informe del Comité Especial sobre su período de sesiones de 1990 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General cuadragésimo quinto período de sesiones Suplemento N° 33 [A/45/33]*). Véase también el «Informe del Secretario General sobre los métodos para la determinación de los hechos» (A/5694), de 1° de mayo de 1964.

<sup>191</sup> Documento de trabajo presentado por Alemania, República Federal de, Bélgica, Checoslovaquia, España, Italia, Japón, Nueva Zelanda y República Democrática Alemana (A/AC 182/L 66), texto reproducido en el informe del Comité Especial de 1990 (véase nota 129 *supra*), párr. 68.

<sup>192</sup> Parr. 5 de la secc. 2 del plan esquemático adoptado en relación con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, véase el cuarto informe de R. Q. Quentin-Baxter sobre el tema, *Anuario 1983*, vol. II (primera parte), pag. 238, documento A/CN.4/373, anexo.

7) En el *párrafo 3* se dispone el establecimiento de una comisión indagatoria a solicitud de cualquiera de los Estados del curso de agua interesados. Una comisión de ese tipo sólo ha de establecerse en el caso de que no haya una organización conjunta competente y las partes no puedan acordar el establecimiento de una comisión especial de expertos dentro del plazo de seis meses contados a partir de la solicitud inicial de determinación de los hechos. El procedimiento para establecer una comisión indagatoria no se incluye en el artículo por razones que se explicaron anteriormente. Sin embargo, ese tipo de procedimiento podría preverse con arreglo a los lineamientos siguientes:

#### APENDICE

### PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER COMISIONES INDAGATORIAS

**1. Una comisión indagatoria estará compuesta de tres miembros: un miembro designado por el Estado o los Estados del curso de agua que hayan solicitado la determinación de los hechos, un miembro designado por los demás Estados del curso de agua interesados y el tercer miembro, que la presidirá, escogido por las partes conjuntamente. Las designaciones se harán dentro del plazo de dos meses de la solicitud de establecimiento de una comisión indagatoria.**

**2. Si no se llega a un acuerdo respecto de la designación del presidente dentro de cuatro meses a contar de la solicitud de establecimiento de la comisión indagatoria, cualquiera de las partes podrá pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que designe al presidente.**

**3. Si una de las designaciones previstas en el párrafo 1 no se hace dentro del período estipulado, el presidente, a solicitud de cualquiera de las partes, constituirá una comisión indagatoria compuesta por un solo miembro.**

Las disposiciones anteriores se inspiraron en parte en los artículos XIV a XVI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 29 de marzo de 1972. El artículo XVI de ese Convenio contiene los procedimientos para llenar las vacantes en la Comisión de Reclamaciones. Se podría agregar un procedimiento semejante a las presentes disposiciones en caso de considerarse necesario.

8) En el *párrafo 4* se refleja el principio habitual de que las comisiones indagatorias y las comisiones de conciliación han de determinar sus propios reglamentos. En el comentario al artículo 35, presentado por el Sr. Evensen en su primer informe, figura el apoyo a una disposición de ese tipo<sup>193</sup>.

9) La primera oración del *párrafo 5* se basa en una disposición que se encuentra en forma característica en los tratados Bryan<sup>194</sup>. La segunda oración es una aplicación

de esa obligación general a las necesidades particulares de un órgano que realice actividades de determinación de los hechos en relación con cursos de agua internacionales. Ambas obligaciones cuentan con el apoyo además de la labor que realiza actualmente el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización, descrita en el párrafo 2 del presente comentario<sup>195</sup>.

10) La determinación de los hechos entrañará gastos. Si la realiza una organización conjunta competente, los gastos presumiblemente se pagarán con cargo al presupuesto de esa organización. En caso contrario, hay que tomar algún tipo de medidas para financiar los gastos de la comisión especial de expertos o de la comisión indagatoria. La forma en que se financiarán esos gastos no es un asunto que tenga una solución fácil y puede escapar al ámbito del presente proyecto de artículos. Tras considerarla, sin embargo, el Relator Especial llegó a la conclusión de que podría resultar útil que planteara al menos algunas propuestas provisionales que posiblemente podrían examinarse y perfeccionarse en la Comisión. Según las circunstancias de los Estados del curso de agua interesados, podrían financiar los gastos de una comisión especial de expertos o de una comisión indagatoria los Estados mismos, posiblemente con la asistencia de un banco multilateral de desarrollo. El plan esquemático mencionado en el párrafo 6 del presente comentario prevé que los Estados interesados «contribuirán equitativamente a sufragar los gastos del mecanismo de determinación de los hechos»<sup>196</sup>. Este principio general sería igualmente válido en el caso presente. Habría apoyo para esta solución, en particular, en la obligación de «participación equitativa» prevista en el artículo 6 del presente proyecto de artículos.

#### B.—Solución de controversias<sup>197</sup>

##### *Artículo 2.—Obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos*

**1. Los Estados del curso de agua arreglarán sus controversias relativas a [sistemas de] cursos de agua internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.**

**2. A falta de un acuerdo aplicable entre los Estados del curso de agua interesados para el arreglo de las diferencias relativas a un [sistema de] curso de agua internacional, tales diferencias se resolverán de conformidad con los artículos siguientes.**

<sup>193</sup> En su comentario (documento A/CN.4/367 [vease nota 3 *supra*], párr. 217), el Sr. Evensen cita el artículo 11 del Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de 1949, el artículo 12 de la Convención Europea para la solución pacífica de las controversias de 1957 y el artículo V del «Modelo de normas para la constitución de la comisión de conciliación para el arreglo de una controversia», anexo a las Normas de Helsinki. Vease también los tratados Bryan (párr. 52 *supra*), que contienen una disposición semejante en forma característica.

<sup>194</sup> Vease párr. 52 y nota 133 *supra*.

<sup>195</sup> Veanse, en particular, los párrs. 22 y 23 del documento de trabajo A/AC.182/L.66, citado en el presente comentario.

<sup>196</sup> Parr. 7 de la secc. 2 del plan esquemático (vease nota 192 *supra*).

<sup>197</sup> Los artículos propuestos a continuación se inspiran en el artículo 16 (Principios y procedimientos para la prevención y solución de controversias), presentado por el Sr. Schwebel en su tercer informe, documento A/CN.4/348 (vease nota 2 *supra*), párr. 498, y en los artículos 31 a 36 contenidos en el capítulo V (Solución de controversias) del proyecto presentado por el Sr. Evensen en su primer informe, documento A/CN.4/367 (vease nota 3 *supra*), párrs. 207 a 223.

*Comentario*

1) El *párrafo 1* del proyecto de artículo 2 se basa en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Schwebel, en el párrafo 1 del artículo 16, y el Sr. Evensen, en el párrafo 1 del artículo 31, propusieron disposiciones similares.

2) El *párrafo 2* mantiene el efecto de cualquier procedimiento aplicable a la solución de controversias que sea independiente del presente proyecto de artículos y obligatorio para los Estados del curso de agua interesados. Por «aplicable» se entiende que el acuerdo en que se estipula dicho procedimiento independiente cubre, expresa o tácitamente, las controversias relativas a cursos de agua internacionales. En el párrafo 2 del artículo 16, propuesto por el Sr. Schwebel, y en el párrafo 2 del artículo 31, propuesto por el Sr. Evensen, se encuentran disposiciones similares.

*Artículo 3.—Consultas y negociaciones*

1. Si entre Estados del curso de agua surge una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los presentes artículos, los Estados del curso de agua interesados iniciarán prontamente consultas y negociaciones con miras a llegar a una solución equitativa de la controversia.

2. Las consultas y negociaciones previstas en el párrafo 1 podrán realizarse directamente entre los Estados del curso de agua interesados, por conducto de una organización mixta competente que éstos hayan establecido o por conducto de otras organizaciones regionales o internacionales aceptadas por ellos.

3. Los Estados del curso de agua interesados podrán establecer una comisión investigadora, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1 del presente anexo, con objeto de que les preste asistencia en las consultas y negociaciones previstas en el párrafo 1.

4. Los Estados del curso de agua interesados podrán solicitar, de común acuerdo, la mediación de un tercer Estado, una organización o una o varias personas para que les presten asesoramiento en las consultas y negociaciones previstas en el párrafo 1.

5. Si en un plazo de seis meses los Estados del curso de agua interesados no hubieren podido llegar a una solución de la controversia mediante consultas y negociaciones, podrán recurrir a los demás procedimientos para el arreglo de controversias previstos en los artículos que siguen.

*Comentario*

1) El proyecto de artículo 3 se basa en el artículo 32 propuesto por el Sr. Evensen, titulado «Solución de controversias mediante consultas y negociaciones». La misma idea está incorporada en el apartado a del párrafo 4 del artículo 16 propuesto por el Sr. Schwebel. El *párrafo 1* se basa en el párrafo 1 del artículo 32 propuesto por el Sr. Evensen. El requisito de que los Estados del curso de agua «inicien consultas y negociaciones con miras a llegar a una solución equitativa de la controversia» se inspira en la redacción similar del párrafo 1 del artículo 17 del pro-

yecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura en 1988<sup>198</sup>.

2) El *párrafo 2* se basa en el párrafo 2 del artículo 32 propuesto por el Sr. Evensen. Como se señaló previamente (cap. IV, secc. C), con frecuencia se otorga a organizaciones mixtas la facultad de solucionar controversias o resolver cuestiones que se plantean entre los Estados del curso de agua. En el párrafo 2 se tiene asimismo en cuenta la necesidad de aplicar procedimientos indirectos en algunos casos, necesidad reconocida en el artículo 21 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión en 1988<sup>199</sup>.

3) El *párrafo 3* se basa en el párrafo 1 del artículo 33 propuesto por el Sr. Evensen. El establecimiento de los hechos pertinentes puede ser parte integrante de cualquier proceso de consultas y negociaciones. El mecanismo establecido con arreglo al artículo 1 del presente anexo parecería adecuado para ese propósito, aun cuando se prevé su aplicación incluso si aún no ha surgido una «controversia».

4) El *párrafo 4* se basa en el párrafo 2 del artículo 33 propuesto por el Sr. Evensen. Habida cuenta del papel fundamental que ha desempeñado la mediación en algunos casos importantes relativos a cursos de agua internacionales<sup>200</sup>, pareció adecuado incluir esta disposición en el presente proyecto de artículo, aunque sólo fuese para recordar a los Estados del curso de agua interesados el valor que tiene la mediación en determinadas circunstancias.

5) El *párrafo 5* se basa en el párrafo 3 del artículo 32 propuesto por el Sr. Evensen. La expresión «un plazo razonable», utilizada en ese artículo, fue reemplazada por el plazo definido de seis meses debido a que se convino en que ése era un período razonable en el contexto de los procedimientos relativos a las medidas planificadas que figuran en la parte III del proyecto de artículos. Aunque en algunos casos el plazo de seis meses puede resultar demasiado breve para la celebración de consultas y negociaciones en el contexto del arreglo de controversias, el Relator Especial estima que es necesario establecer un plazo fijo para que la posibilidad de recurrir posteriormente a procedimientos obligatorios —como los que se proponen en el artículo 4 del presente anexo— tenga sentido. De lo contrario, el recurso a tales procedimientos podría postergarse, incluso después de que se hubiese hecho evidente que las consultas y negociaciones no darían fruto, sobre la base de que aún no había transcurrido un plazo «razonable». El Relator Especial agradecería conocer las opiniones de la Comisión sobre esta cuestión en particular.

*Artículo 4.—Conciliación*

1. Cualquier controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de los presentes artículos, que no haya sido resuelta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de este anexo, será sometida a conciliación por los Estados del curso de agua interesados, con arreglo a lo previsto en el presente artículo. Podrá iniciar la conciliación cual-

<sup>198</sup> Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 38.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pág. 39.

<sup>200</sup> Véase en particular el examen del papel desempeñado por el BIRF en la controversia sobre las aguas del Indo (párr. 53 *supra*).

quiera de los Estados del curso de agua interesados mediante notificación escrita a la otra parte o las otras partes en la controversia, a menos que se haya convenido otra cosa.

2. La comisión de conciliación se constituirá de conformidad con el procedimiento establecido en el apéndice del presente artículo. La comisión establecerá su propio procedimiento, el lugar o los lugares en que se reunirá y todas las demás cuestiones de índole administrativa.

3. La comisión de conciliación presentará su informe a las partes en un plazo de 12 meses contado desde su constitución, a menos que las partes convengan otra cosa. La comisión transmitirá asimismo copia del informe a la conferencia de las partes, establecida en el artículo 7 del anexo I de los presentes artículos. En el informe se consignarán las conclusiones de la comisión con respecto a las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes al asunto objeto de la controversia, y se consignará asimismo cualquier acuerdo alcanzado por las partes o, a falta de éste, las recomendaciones de la comisión para la solución de la controversia.

4. El informe de la comisión de conciliación no será obligatorio para las partes en la controversia, a menos que éstas convengan otra cosa.

5. Los honorarios y gastos de la comisión de conciliación serán sufragados por las partes de modo equitativo.

6. Si no han logrado llegar a una solución de la controversia durante el proceso de conciliación, las partes, una vez recibido el informe de la comisión de conciliación, reanudarán sus negociaciones sobre la base de dicho informe.

#### Comentario

1) El artículo 4 se basa en los artículos 34 a 36 propuestos por el Sr. Evensen. El Sr. Schwebel también prevé un procedimiento de conciliación en el apartado *f* del párrafo 4 de su artículo 16. No obstante, a diferencia de esas disposiciones, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 se prevé la conciliación obligatoria, es decir, una conciliación a la que las partes en una controversia deben recurrir pero cuyos resultados no son obligatorios para ellas. Este método se inspira en particular en la práctica del GATT, que se describe *supra* (cap. IV, secc. C).

2) Como en el caso del artículo 1 del presente anexo, sobre el establecimiento de los hechos, el párrafo 2 no prevé el procedimiento necesario para constituir la comisión de conciliación; pero, en lugar de ello, se refiere a un apéndice (que se ha de redactar). En los párrafos 2 a 4 del artículo 34, propuesto por el Sr. Evensen, figura un modelo excelente para el procedimiento de conciliación. La segunda oración del párrafo 2 es similar al párrafo 4 del artículo 1 del presente anexo. En el comentario al artículo 35, propuesto por el Sr. Evensen, se observa apoyo a ese tipo de disposición<sup>201</sup>.

3) El párrafo 3 se basa en el párrafo 3 del artículo 35 propuesto por el Sr. Evensen y en las disposiciones pertinentes de los tratados Bryan<sup>202</sup> y la Convención de las Na-

ciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982<sup>203</sup>. No obstante, incluye también el requisito de que el informe de la comisión de conciliación se transmita a la conferencia de las partes. Por las razones ya indicadas (cap. IV, secc. C), se estima que este procedimiento, aunque no entraña un efecto obligatorio del informe, aumentará el incentivo para que las partes sigan la recomendación de la comisión. En la Convención (I) de La Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, de 1907, se estipula que el informe de la Comisión internacional de investigación debe leerse «en sesión pública» (art. XXXIV), presumiblemente con el mismo propósito de instar ulteriormente a las partes a que acepten el informe.

4) El párrafo 4 refleja la característica normal de los informes de las comisiones de conciliación, a saber, que sólo tienen carácter de recomendación y no son obligatorios para las partes.

5) El párrafo 5 se basa en el párrafo 2 del artículo 36 propuesto por el Sr. Evensen. A este respecto también es pertinente el párrafo 10 del comentario al artículo 1 del presente anexo<sup>204</sup>.

6) El párrafo 6 se basa en disposiciones que se encuentran comúnmente en los tratados Bryan<sup>205</sup>, en la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, de 1951<sup>206</sup>, y en el apartado *d* del párrafo 4 del artículo 16, propuesto por el Sr. Schwebel. Tiene por objeto instar a las partes a obtener el mayor provecho posible del informe de la comisión de conciliación antes de recurrir a otros medios de solución de controversias.

#### Artículo 5.—Arbitraje

**Si después de expirado el plazo de seis meses contados desde la recepción del informe de la comisión de conciliación previsto en el artículo 4 del presente anexo las partes en una controversia no han logrado llegar a una solución mediante negociaciones, cualquiera de las partes podrá someter la controversia al arbitraje obligatorio de cualquier tribunal arbitral permanente o *ad hoc* que haya sido aceptado por todas las partes en la controversia.**

#### Comentario

1) La primera cláusula del artículo 5 se basa en las fuentes indicadas en el párrafo 6 del comentario al artículo 4. La intención de esta cláusula es, pues, la de exhortar a las partes a que reanuden las negociaciones por un período de seis meses por lo menos antes de recurrir a un procedimiento obligatorio de solución de la controversia.

2) El artículo 5 no requiere que las partes sometan su controversia a arbitraje obligatorio. El Relator Especial está de acuerdo con la opinión de sus dos predecesores de que el recurso a medios previamente aceptados de arreglo de

<sup>201</sup> Véase nota 193 *supra*

<sup>202</sup> Véase, por ejemplo, el art. V del Tratado para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos de 3 de mayo de 1923 (Tratado Gondra)

<sup>203</sup> Véase el parr. 1 del art. 7 del anexo V de la Convención

<sup>204</sup> Véanse en particular las disposiciones del plan esquemático citadas en ese párrafo

<sup>205</sup> Véase, por ejemplo, el artículo VII del Tratado para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos, de 1923

<sup>206</sup> Véanse las disposiciones de esta Convención citadas en el parr. 67 *supra*

controversias, o a un procedimiento *ad hoc* convenido por las partes, tiene más probabilidades de lograr aceptación general y de producir un resultado que será acatado por las partes en la controversia. La disposición correspondiente propuesta por el Sr. Schwebel estipula que las par-

tes podrán «solicitar su resolución por arbitraje o decisión judicial de conformidad con los procedimientos optativos anexos a estos artículos» (apartado *f* del párr. 4 del art. 16). Este es un criterio que tal vez la Comisión también desee considerar.

## ANEXO

### Tratados citados en el presente informe\*

#### ABREVIATURAS

<i>Textes legislatifs</i>	Naciones Unidas, Serie legislativa, <i>Textes legislatifs et dispositions de traites concernant l'utilisation des fleuves internationaux a des fins autres que la navigation</i> (N° de venta 63 V 4)
Documento A/5409	«Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales», informe del Secretario General, reproducido en <i>Anuario 1974</i> vol II (segunda parte), pag 37
Documento A/CN 4/274	«Problemas jurídicos relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», informe suplementario del Secretario General reproducido en <i>Anuario 1974</i> vol II (segunda parte), pag 286

\* Los instrumentos se clasifican en orden cronológico, por continente

## AFRICA

### Tratados multilaterales

Fuente

<i>Camerun Chad Niger y Nigeria</i> —Convencion y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad [Fort-Lamy (Chad), 22 de mayo de 1964]	<i>Journal officiel de la Republique federale du Cameroun</i> Yaounde, 4° año, N° 18, 15 de septiembre de 1964, pag 1003, resumidos en A/CN 4/274, párrs 51 a 56
<i>Mali Mauritania y Senegal</i> —Convencion relativa a la creacion de la Organizacion para el aprovechamiento de la cuenca del rio Senegal [Nouakchott (Mauritania), 11 de marzo de 1972]	Naciones Unidas, <i>Traites concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation Afrique</i> Recursos naturales/Serie del agua, N° 13 (N° de venta E/F 84 II A 7), pag 21
<i>Camerun, Chad Niger y Nigeria</i> —Acuerdo constitutivo del fondo de desarrollo de la Comision de la cuenca del Chad [Yaounde (Camerun), 10 de octubre de 1973]	<i>Ibid</i> pag 29
<i>Gambia Guinea y Senegal</i> —Convencion relativa a la creacion de la Organizacion para el aprovechamiento de la cuenca del Gambia [Kaolack (Senegal), 30 de junio de 1978]	<i>Ibid</i> pag 42
<i>Alto Volta Benin Camerun Costa de Marfil Chad Guinea Mali Niger y Nigeria</i> —Convencion constitutiva de la Autoridad de la cuenca del rio Niger [Faranah (Guinea), 21 de noviembre de 1980]	<i>Ibid</i> pag 56, se publicara en Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> N° 22675

### Tratados bilaterales

<i>Republica Arabe Unida y Sudan</i> —Acuerdo relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo (El Cairo, 8 de noviembre de 1959) y	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> vol 453, pag 51, resumido en A/5409, párrs 108 a 113
Protocolo relativo al establecimiento de la Comision Tecnica Mixta Permanente (El Cairo, 17 de enero de 1960)	<i>Textes legislatifs</i> pag 148

## AMERICA

### Tratado multilateral

<i>Estados Unidos de America y Argentina Brasil Colombia Cuba Chile Ecuador Guatemala Haiti Honduras Nicaragua Panama Paraguay Republica Dominicana Uruguay y Venezuela</i> —Tratado para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos (Tratado Gondra) [Santiago (Chile), 3 de mayo de 1923]	SDN, <i>Recueil des Traites</i> vol XXXIII, pag 27
--	--

## Tratado bilateral

Fuente

- Gran Bretaña-Estados Unidos de América* — Tratado relativo a las aguas fronterizas, y problemas planteados entre los Estados Unidos y el Canadá [Washington (D C), 11 de enero de 1909] *Canadá, Actes du Parlement* vol I, *Actes privés et locaux* Ottawa, 1911, *Textes législatifs* pag 260, N° 79, resumido en A/5409, párrs 154 a 167

## ASIA

## Tratados bilaterales

- India-Pakistán-BIRF* — Tratado relativo al uso de las aguas del Indo (Karachi, 19 de septiembre de 1960) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 419, pag 125, resumido en A/5409, párrs 356 a 361
- Bangladesh India* — Acuerdo sobre la repartición de las aguas del Ganges en Farakka y el aumento de su caudal (Dacca, 5 de noviembre de 1977) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 1066, pag 3

## EUROPA

## Tratados multilaterales

- Bulgaria Checoslovaquia Hungría República Socialista Soviética de Ucrania Rumanía Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia* — Convención relativa al régimen de la navegación en el Danubio (Belgrado, 18 de agosto de 1948) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 33, pag 181, resumida en A/5409, párrs 470 a 473
- Convención Europea para la solución pacífica de las controversias (Estrasburgo, 29 de abril de 1957) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 320, pag 243
- Alemania (República Federal de) Francia Luxemburgo Países Bajos y Suiza* — Acuerdo relativo a la Comisión Internacional para la protección del Rin contra la contaminación (Berna, 29 de abril de 1963) *Ibid* vol 994, pag 3, resumido en A/CN.4/274, párrs 138 a 141
- Dinamarca Finlandia Noruega y Suiza* — Convenio sobre la protección del medio ambiente («Convenio Nordico») (Estocolmo, 19 de febrero de 1974) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 1092, pag 279
- Alemania (República Federal de) Comunidad Económica Europea Francia Luxemburgo Países Bajos y Suiza* — Acuerdo relativo a la protección del Rin contra la contaminación química (Bonn, 3 de diciembre de 1976) *Ibid* vol 1124, pag 375

## Tratados bilaterales

- Austria-República de Venecia* — Tratado de delimitación (Vaprio 17 de agosto de 1754) G F de Martens, ed., *Recueil des principaux Traités* Göttingue, *Supplement* tomo II (1738-1802), pag 64
- Austria-Países Bajos* — Tratado de acuerdo definitivo (Fontainebleau, 8 de noviembre de 1785) *Id* *Recueil des Traités* tomo IV (1785-1790), pag 55
- Alemania-Dinamarca* — Convenio relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera germano-danesa (Copenhague, 10 de abril de 1922) SDN, *Recueil des Traités* vol X, pag 200, resumido en A/5409, párrs 556 a 563
- Italia-Suiza* — Convenio relativo a la regularización del Lago Lugano (Lugano 17 de septiembre de 1955) Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 291, pag 213, resumido en A/5409, párrs 721 a 729
- Suiza-Italia* — Convenio relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spol (Berna, 27 de mayo de 1957) *Textes législatifs* pag 859, N° 235, resumido en A/5409, párrs 849 a 854
- Francia-Suiza* — Convención relativa al plan hidroeléctrico de Emosson (Sion, 23 de agosto de 1963) *Revue générale de droit international public* París, tomo 69, 1965, pag 279, resumida en A/CN.4/274, párrs 228 a 236

## Convenciones generales

Fuente

- Convenio (I) para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (La Haya, 18 de octubre de 1907) J B Scott, ed , *Les Conventions et Declarations de La Haye de 1899 et 1907* Nueva York, 1918, pag 41, Bosch, ed , *Coleccion de Textos Internacionales* Barcelona, tomo I, 1936, pags 595 y ss
- Convenio (IV) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907) y *Ibid* pag 100, pag 636
- Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a este Convenio *Ibid* pag 107, pags 636 y ss
- Convencion relativa al aprovechamiento de fuerzas hidraulicas que interesan a varios Estados (Ginebra, 9 de diciembre de 1923) SDN, *Recueil des Traites* vol XXXVI, pag 75, resumida en A/5409, parrs 68 a 78
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947) GATT, *Instrumentos Basicos y Documentos Diversos* vol IV *Texto del Acuerdo General* (vigente desde el 1º de marzo de 1969) (Nº de venta GATT/1969-1)
- Acta General Revisada para el Arreglo Pacifico de las Controversias Internacionales (Lake Success, Nueva York, 28 de abril de 1949) Naciones Unidas, *Recueil des Traites* vol 71, pag 101
- Convencion Internacional de Proteccion Fitosanitaria (Roma, 6 de diciembre de 1951) *Ibid* vol 150, pag 67
- Convencion relativa a la solucion de los conflictos entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio (La Haya, 15 de junio de 1955) Conference de La Haye de droit international prive, *Recueil des conventions (1951 1980)*
- Convenio sobre la responsabilidad internacional por danos causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972) Naciones Unidas, *Recueil des Traites* vol 961, pag 212
- Convencion sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 3 de marzo de 1973) *Ibid* vol 993, pag 290
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la proteccion de las victimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977) *Ibid* vol 1125, pag 214
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la proteccion de las victimas de los conflictos armados sin caracter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977) *Ibid* pag 642
- Convencion sobre la contaminacion atmosferica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979) E/ECE/1010
- Convencion de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar [Montego Bay (Jamaica), 10 de diciembre de 1982] *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar* vol XVII (publicacion de las Naciones Unidas, Nº de venta S 84 V 3), pag 155, documento A/CONF 62/122
- Convenio de Viena para la Proteccion de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985) y PNUMA, Nairobi, 1985 y 1987
- Protocolo de Montreal relativo a las substancias agotadoras de la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL  
POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS  
POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/428 y Add.1\*

**Sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias  
perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,  
del Sr. Julio Barboza, Relator Especial**

*[Original español/inglés]  
[15 y 30 de marzo de 1990]*

INDICE

	Parrafos	Pagina
INTRODUCCION	1-14	90
A Los diez primeros articulos del proyecto	1-2	90
B Actividades de riesgo y de efectos nocivos	3-14	91
<i>Capitulo</i>		
I ACTIVIDADES DE RIESGO	15-25	94
A Lista de actividades	15-17	94
B Modificaciones al articulo 2 que acarrearía la nueva formula	18-21	95
C Otras modificaciones al articulo 2 y demas disposiciones generales	22-25	95
II PRINCIPIOS	26-30	97
A Articulo 8 (La prevencion)	27	97
B Articulo 9 (La reparacion)	28	97
C Articulo 10 (No discriminacion)	29-30	98
III PROCEDIMIENTO REVISADO	31-42	98
A Consideraciones preliminares	31	98
B Comentarios a los articulos 11 a 20 propuestos	32-42	99
1 Articulo 11 (Evaluacion, notificacion, informacion)	32-33	99
a) Parrafo 1	32	99
b) Parrafo 2	33	99
2 Articulo 12 (Participacion de la organizacion internacional)	34	99
3 Articulo 13 (Iniciativa del Estado presuntamente afectado)	35	99
4 Articulo 14 (De las consultas)	36	99
5 Articulo 15 (Proteccion de la seguridad nacional o de secretos industriales)	37	99
6 Articulo 16 (Medidas unilaterales de prevencion)	38	100
7 Articulo 17 (El equilibrio de intereses)	39	100
8 Articulo 18 (Incumplimiento de las obligaciones anteriores)	40	100
9 Articulo 19 (Falta de respuesta a la notificacion del articulo 11)	41	101
10 Articulo 20 (Prohibicion de la actividad)	42	101
IV RESPONSABILIDAD	43-61	101
A Consideraciones generales	43	101
B La reparacion y el equilibrio de intereses	44-48	101
C Comentarios a los articulos 21 a 27 propuestos	49-61	102
1 Articulo 21 (La obligacion de negociar)	49	102
2 Articulo 22 (Pluralidad de Estados afectados)	50	103
3 Articulo 23 (Reduccion de las prestaciones del Estado de origen)	51	103
4 Articulo 24 (Dano al medio ambiente y a personas o bienes en su consecuencia)	52-54	103
a) Parrafo 1	52	103
b) Parrafo 2	53	103
c) Parrafo 3	54	104

\* En el que se incorporan los documentos A/CN 4/428/Corr 1, 3 y 4

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5. Artículo 25 (Pluralidad de Estados de origen) .....	55	104
6. Artículo 26 (Excepciones) .....	56-59	104
7. Artículo 27 (Prescripción) .....	60-61	105
V. RESPONSABILIDAD CIVIL .....	62-70	105
A. Consideraciones generales .....	62	105
B. Comentarios a los artículos 28 a 33 propuestos .....	63-70	106
1. Artículo 28 (La vía interna) .....	63	106
2. Artículo 29 (Competencia de los tribunales nacionales) .....	64-66	106
a) Párrafo 1 .....	64	106
b) Párrafo 2 .....	65	106
c) Párrafo 3 .....	66	107
3. Artículo 30 (Aplicación de la ley nacional) .....	67	107
4. Artículo 31 (Inmunidades de jurisdicción) .....	68	107
5. Artículo 32 (Ejecutoriedad de la sentencia) .....	69	107
6. Artículo 33 (Transferencias) .....	70	107
VI. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO EN EL MEDIO AMBIENTE MÁS ALLÁ DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES ( <i>GLOBAL COMMONS</i> ) .....	71-87	108
A. Consideraciones preliminares .....	71-72	108
B. El daño .....	73-75	108
C. El daño y la responsabilidad .....	76-77	109
D. El daño y la responsabilidad por ilicitud .....	78	110
E. El Estado afectado .....	79	110
F. La responsabilidad aplicable .....	80-87	111
<i>ANEXO</i> .— Texto de los artículos propuestos .....		112

## Introducción

### A.— Los diez primeros artículos del proyecto

1. Los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional durante su último período de sesiones<sup>1</sup>, así como los realizados en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General<sup>2</sup>, sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional merecen algunos comentarios. En primer término, cabe destacar que muchas de las sugerencias hechas en tales debates podrían reflejarse en los textos finales de los primeros artículos que fueron entonces presentados. Además, las propuestas de redacción de los artículos 1 a 9 hechas en el último período de sesiones por algunos miembros de la Comisión mejoran en general los textos iniciales. A esos textos se había llegado en sucesivas redacciones que incorporaban ideas venidas de diversos sectores y es evidente que, en algunos casos, el interés por respetarlas resultó en yuxtaposiciones pesadas o poco elegantes que es menester obviar. El Comité de Redacción tendrá a su disposición la versión «oficial» de los diez primeros artículos del proyecto<sup>3</sup> que se le enviaron para su consideración en 1988<sup>4</sup>. Asimismo, deberá examinar los nueve primeros artículos del proyecto que el Relator Es-

pecial presentó en su quinto informe en 1989<sup>5</sup>, en los que intentó recoger las observaciones del debate sobre los diez artículos originales del proyecto<sup>6</sup>. Podrá basarse también en las numerosas observaciones sobre esos nueve artículos y las útiles sugerencias de redacción formuladas durante el debate celebrado en 1989. En el anexo del presente informe, que contiene los textos de los 33 artículos del proyecto presentados hasta ahora, el Relator Especial ha agregado, como notas a algunos de los primeros nueve artículos, textos para uso del Comité de Redacción en los que ha incorporado las observaciones que considera más atendibles, e incluso algunas de las sugerencias de redacción, hechas durante el debate realizado en 1989. Ello no impedirá naturalmente a dicho Comité considerar también las otras modificaciones propuestas o aun otras que estime conveniente sugerir.

2. Si se aceptan las modificaciones que ahora se someten a la consideración de la Comisión, habrá que cambiar la numeración inicial de los artículos en la forma que se propone en el anexo. Si la adopción del principio de «no discriminación», que se prevé en el artículo 10, resulta aceptable, los capítulos I y II del proyecto volverán a contener diez artículos. El artículo 2, sobre el significado de los términos que se emplean, deberá admitir dos tipos de cambios: unos que serían las modificaciones introducidas para

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 94 a 100, párrs. 335 a 376.

<sup>2</sup> Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.443), párrs. 175 a 200.

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 22.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pág. 24, párr. 101.

<sup>5</sup> *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 142, documento A/CN.4/423, párr. 16.

<sup>6</sup> Estos diez artículos se han reducido ahora a nueve, como consecuencia de la supresión del artículo 8 sobre la participación que la Comisión consideró innecesario (*Anuario... 1988*, vol. II [segunda parte], pág. 22, párr. 91).

adaptar el articulado a la nueva técnica utilizada para definir las actividades peligrosas (nuevos apartados *a* a *d*), y otros surgidos de las observaciones de los últimos debates y de nuevas reflexiones sobre el tema (nuevos apartados *f*, *g* [última frase], *h*, *k* a *n*).

### B.—Actividades de riesgo y de efectos nocivos

3. La cuestión de si las actividades de riesgo deben ser tratadas separadamente de las actividades de efectos nocivos es de previo pronunciamiento. Un nuevo examen del asunto no arroja conclusiones muy diferentes de las preliminares hechas en el resumen del Relator Especial de los debates sobre el tema celebrados en la Comisión durante su último período de sesiones<sup>7</sup>. A su juicio, lo que ambos géneros de actividades tienen en común es mucho más importante de lo que los separa, a tal punto que se puede contemplar la posibilidad de tratar sus consecuencias de modo similar, o sea, de unificarlas bajo un mismo régimen jurídico. En el proyecto de normas sobre compensación por daños causados al medio ambiente, del Consejo de Europa<sup>8</sup>, que, en realidad, trata de la responsabilidad por actividades peligrosas<sup>9</sup>, se incluyen aquellas que provocan daños por contaminación continuada (*continuous pollution*) sin hacer aparentemente diferencias en cuanto a su tratamiento jurídico con las actividades que los provocan por accidente<sup>10</sup>.

4. El otro modelo que se podría seguir sería el de los «Principios jurídicos y recomendaciones para la protección ambiental y el desarrollo sostenido» adoptados por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>11</sup>. Allí se distingue entre las actividades que crean un riesgo de daño transfronterizo «sustancial» y aquellas que *efectivamente causan* un daño transfronterizo también «sustan-

cial», y el tratamiento jurídico de unas y de otras es diferente. Las primeras corresponderían en general a las actividades «de riesgo» previstas en el proyecto de artículos que se examina y las segundas a las que se ha denominado —por llamarlas de alguna manera— «de efectos nocivos». Para que puedan ser consideradas como una excepción a la regla general enunciada en el artículo 10 de los principios ya mencionados<sup>12</sup>, que establece simplemente la obligación del Estado de origen de «prevenir o reducir cualquier alteración o riesgo significativo de alteración del medio ambiente transfronterizo que cause un perjuicio importante, esto es, un perjuicio que no sea de menor entidad o insignificante», o sea, una regla que contempla la prohibición de causar daño transfronterizo o de crear un riesgo de causarlo, es necesario que los costos de prevenir o reducir el daño o el riesgo en su caso, originados en tales actividades, sean superiores a las ventajas que esa prevención o disminución acarrearían.

5. El artículo 11 de los mismos principios trata de las actividades de riesgo y dispone:

1 Si una o varias actividades crean un riesgo significativo de perjuicio importante\* como resultado de una alteración del medio ambiente transfronterizo, y si el costo técnico o socioeconómico total o la ganancia dejada de obtener que entraña prevenir o reducir ese riesgo con gran diferencia excede a largo plazo la ventaja a que daría lugar esa prevención o reducción, el Estado que realice o autorice las actividades velará por que se repare cualquier perjuicio importante que se produzca en una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado o en una zona fuera de los límites de la jurisdicción nacional

2 El Estado velará por que se repare el perjuicio importante causado por la alteración del medio ambiente transfronterizo resultante de actividades realizadas por ese Estado, o autorizadas por el, aunque no se supiera al principio que las actividades causarían tal alteración<sup>13</sup>

Este artículo contempla las llamadas *ultrahazardous activities* e impone una responsabilidad por riesgo (*strict liability*) internacional sobre el Estado que las autorizó.

6. El Grupo de Expertos encuentra el fundamento de esta responsabilidad causal u objetiva en algunos tratados, como el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>14</sup>, así como el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, celebrado entre la Argentina y el Uruguay en 1973 (art. 51 relativo a la contaminación de las aguas)<sup>15</sup>. Pero hace notar que el Estado de origen puede descargar la suya imponiendo una responsabilidad causal u objetiva (*strict liability*) sobre el explotador u operador, y en apoyo de esta solución cita numerosas convenciones que ya han sido mencionadas repetidas veces en los informes del Relator Especial y en los debates de la Comisión: el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, hecho en Roma en 1952<sup>16</sup>; los convenios acerca de la responsabilidad civil en materia de daños nucleares —el Convenio de París de 1960 y su Protocolo adicional de 1964<sup>17</sup>, el Convenio de Bruselas de 1963 com-

<sup>7</sup> *Anuario* 1989, vol 1, pag 200, 2121ª sesión, párr 32

<sup>8</sup> Proyecto elaborado por el Comité de Expertos sobre compensación por daños causados al medio ambiente para el Comité Europeo de Cooperación Jurídica. Véase Consejo de Europa, nota de la Secretaría General preparada para la Dirección de Asuntos Jurídicos [CDCJ (89) 60], Estrasburgo, 8 de septiembre de 1989

<sup>9</sup> El título del proyecto era «Regles relatives a la reparation des dommages causes a l'environnement», pero, dado que las normas propuestas no conciernen exclusivamente a la compensación de ese tipo de daño, el Comité de Expertos se ha preguntado si no deberían llevar por título «Regles relatives a la reparation des dommages causes lors de l'exercice d'activités dangereuses» (*ibid*, párr 17)

<sup>10</sup> Durante el debate celebrado por el Comité de Expertos sobre este problema

«Se suscito también la cuestión de si el régimen de responsabilidad civil contenido en el proyecto de normas debía abarcar solamente la reparación de los daños resultantes de accidentes u otros eventos instantáneos o si debía aplicarse asimismo a los daños resultantes de contaminación continuada. Los que defendían la primera postura, que era la minoría, sostenían que, salvo los supuestos de accidente, sería muy difícil establecer una relación de causalidad entre un daño y un hecho generador imputable a un explotador o un pequeño número de explotadores [ ]

»Aun reconociendo que la reparación de ciertos daños resultantes de contaminación continua o sinérgica no podría obtenerse basándose en las normas, en defecto de poder probar una relación suficiente con la actividad de uno o varios explotadores, se estimó en definitiva que esa sola circunstancia no justificaba en absoluto la exclusión de los daños no accidentales [ ]» (*ibid*, párr 15)

<sup>11</sup> Véase *Environmental Protection and Sustainable Development. Legal Principles and Recommendations*, Graham & Trotman, 1987

<sup>12</sup> *Ibid*, pag 75

<sup>13</sup> *Ibid*, pag 80

<sup>14</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 961, pag 212

<sup>15</sup> INTAL, *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, vol II, N° 15, marzo de 1974, pag 231

<sup>16</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 310, pag 181

<sup>17</sup> Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 1960) [*ibid*, vol 956, pag 288] y Protocolo adicional (París, 1964) [*ibid*, pag 356]

plementario del Convenio de París de 1960<sup>18</sup>, y la Convención de Viena de 1963<sup>19</sup>; la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares<sup>20</sup>, concertada en Bruselas en 1962; el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969<sup>21</sup>; y el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos<sup>22</sup>, celebrado en Londres en 1976. El Grupo de Expertos observó también que:

[ ] Es típico que los tratados relativos a la utilización pacífica de la energía nuclear establezcan la responsabilidad subsidiaria y adicional del Estado en que radica la instalación o del Estado del pabellón, es decir, subsidiaria y adicional con respecto a la responsabilidad principal del explotador o propietario de la instalación o el buque, para garantizar la indemnización de daños nucleares hasta el límite máximo de responsabilidad establecido en el tratado [ ]<sup>23</sup>

O sea, y éste es un argumento importante como antecedente de la responsabilidad causal del Estado en el plano internacional, que el Estado se coloca exactamente en el lugar del operador privado y responde con responsabilidad causal (*strict liability*) en el plano internacional por ciertas cantidades que aquél no pudo cubrir. Asimismo, el Grupo de Expertos menciona un gran número de países que han incorporado en su derecho interno el concepto de responsabilidad causal u objetiva (*strict liability*) y dice que esa circunstancia es prueba de un principio emergente de derecho nacional reconocido en la forma prevista en el apartado c del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ (todos estos argumentos ya han sido dados oportunamente en el examen del presente tema).

7. El artículo 12 de los principios adoptados por el Grupo de Expertos trata del otro tipo de actividades:

1 Si un Estado proyecta realizar o autorizar una actividad que entrañe una alteración del medio ambiente transfronterizo que cause perjuicio importante, pero muy inferior al costo técnico y socioeconómico total o a la pérdida de beneficios que se derivarían de evitar o reducir esa alteración, el Estado celebrará negociaciones con el Estado afectado sobre las condiciones equitativas, tanto técnicas como financieras, con arreglo a las cuales podría llevarse a cabo esa actividad

2 Si no se llegara a una solución sobre la base de principios equitativos dentro de un plazo de 18 meses a contar del comienzo de las negociaciones, o dentro del plazo en que los Estados interesados hubieren convenido, la controversia, a solicitud de cualquiera de los Estados interesados y conforme a las condiciones establecidas en los párrafos 3 y 4 del artículo 22, se someterá a conciliación o posteriormente a arbitraje o arreglo judicial, a fin de llegar a una solución sobre la base de principios equitativos<sup>24</sup>

El Grupo de Expertos señala en el comentario al artículo 12 que:

La alteración del medio ambiente transfronterizo a que se refiere el presente artículo puede ser un caso de contaminación que entraña un per-

juicio importante que solo puede evitarse poniendo término o renunciando totalmente a la actividad de por sí muy beneficiosa que da lugar a la alteración [ ]<sup>25</sup>

8. La diferencia de tratamiento jurídico entre los dos tipos de actividades parece estribar en lo siguiente: las actividades de riesgo son consideradas legales, siempre y cuando se cumplan todas las obligaciones de *debida diligencia* en la prevención de un accidente y se pague indemnización por el daño efectivamente causado. En el mismo comentario al artículo 12 el Grupo de Expertos indica además que:

Como se ha señalado, el tipo de riesgo relacionado con las actividades a que se refiere el párrafo 1 del artículo 11 puede considerarse lícito siempre que se hayan adoptado todas las medidas preventivas posibles para minimizarlo. Como se ha visto también, el Estado que realiza o autoriza las actividades que crean un riesgo excepcional debe velar por que existan medios de reparación en caso de producirse un daño extraterritorial importante. Esto no es, en realidad, sino el precio justo y equitativo que debe pagarse para poder proseguir lícitamente una actividad de riesgo excepcional que, en conjunto, debe seguir considerándose fundamentalmente beneficiosa [ ]<sup>26</sup>

No habría a su respecto obligación de formular un régimen particular entre las partes interesadas, puesto que ya está previsto en los artículos propuestos: se han de tomar todas las precauciones de la debida diligencia y, si así y todo se produce un daño, se indemnizará el daño de conformidad con la responsabilidad objetiva o causal. En cambio, tratándose de las actividades en que los daños resulten de su operación normal, el Grupo de Expertos declara en dicho comentario:

[ ] Así, la actividad, pese al hecho de que causaría un perjuicio extraterritorial importante, no se considera claramente ilícita ni claramente lícita. En vez de ello, se ha establecido la obligación de negociar las condiciones equitativas en que podría llevarse a cabo la actividad [ ]<sup>27</sup>

Los artículos propuestos prevén no sólo la obligación de negociar, sino también un mecanismo que conduciría seguramente, de ser seguido, a la creación entre las partes de un régimen que regulara la actividad y que, según lo implica el artículo 12, debería establecer la indemnización de los daños causados.

9. Los artículos que aquí se comentan parecen basarse en la filosofía ya sucintamente descrita, según la cual habría suficientes bases en la práctica internacional para formular un régimen general de responsabilidad objetiva o causal (*strict liability*) que regiría las actividades de riesgo sin necesidad de que lo hicieran los Estados interesados para cada actividad particular. No habría suficientes bases para las otras actividades, pues

[ ] la aplicación del principio de la responsabilidad causal —y la idea de equilibrio de intereses que implica— a actividades que causan *sin duda alguna* un perjuicio extraterritorial importante se considera generalmente como algo mucho más revolucionario que la aplicación de dicho principio a actividades que «meramente» entrañan un riesgo importante de daño a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 11<sup>28</sup>

Por eso el Grupo de Expertos afirma en su comentario que el artículo 12 no llega tan lejos y se limita a establecer que incumbe a las partes la obligación de negociar un régimen y su correspondiente mecanismo. Sin embargo, un poco antes indicaba que habría apoyo convincente para la aplicación del principio de la responsabilidad causal en tales

<sup>18</sup> OIEA, *Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucleares*, Colección Jurídica N.º 4, ed. rev., Viena, 1976, pag. 246

<sup>19</sup> Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 1963) [Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 1063, pag. 299]

<sup>20</sup> OIEA, *op. cit.* (nota 18 *supra*), pag. 236

<sup>21</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 973, pag. 47

<sup>22</sup> PNUMA, *Recueil des traites multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pag. 491

<sup>23</sup> *Environmental Protection*, *op. cit.* (nota 11 *supra*), pag. 82

<sup>24</sup> *Ibid.*, pags. 85 y 86

<sup>25</sup> *Ibid.*, pag. 86

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, pag. 87

<sup>28</sup> *Ibid.*

situaciones, puesto que podía considerarse también un principio general de derecho nacional reconocido por las naciones civilizadas en el sentido previsto en el apartado c del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ<sup>29</sup>.

10. Con todo, no puede interpretarse lo anterior en el sentido de que se contempla en ese cuerpo normativo con mayor benevolencia a las actividades de efectos nocivos que a las de riesgo, por la mera circunstancia de que no se aplicaría a aquéllas, en manera general, un régimen de responsabilidad causal. Todo lo contrario: mientras las actividades de riesgo son lícitas en tanto y en cuanto se cumpla con las medidas que dicta la *debida diligencia*, las actividades de efectos nocivos no son todavía legales hasta que a su respecto rijan un régimen consensual entre las partes. De ahí la necesidad de encontrar un mecanismo que resuelva la eventual diferencia entre esas partes y determine en manera más o menos automática la creación de un régimen para la actividad.

11. El Relator Especial es receptivo a la preferencia que exprese la Comisión. Considera, por un lado, que es difícil que los Estados acepten un mecanismo obligatorio de solución de controversias como el propugnado en el artículo 12 ya invocado —un verdadero lecho de Procusto— como condición previa para la licitud de actividades bajo su jurisdicción o control. La renuencia de los Estados a aceptar este tipo de condiciones es un obstáculo que se encuentra tan repetidamente en las relaciones internacionales que no merece la pena abundar al respecto, y en la Comisión hubo opiniones contrarias a gravar al Estado de origen con demasiados trámites procesales al comienzo de posibles actividades previstas en el artículo 1 del presente proyecto de artículos. Por otro lado, como se indicó en su anterior informe, el Relator Especial tendría ciertas reservas en calificar de «peligrosa» una actividad que ofrece la certidumbre de producir un daño, y no por accidente, sino en su operación normal, como parece hacerlo el proyecto de normas del Consejo de Europa<sup>30</sup>, y advierte que ese proyecto se ocupa exclusivamente de la responsabilidad y no de la prevención, que es donde residen las diferencias principales entre los dos tipos de actividad.

12. En efecto, la mayor diferencia entre ambas actividades está en la esfera de la prevención. Hay dos clases de medidas preventivas: a) las medidas [o medios adecuados] para evitar la producción de un incidente, y b) las medidas destinadas a contener o minimizar sus efectos, una vez que el incidente se haya producido, como luego se verá con más detalle. En la hipótesis a, no hay todavía daño ni incidente; en la b hay accidente (actividades de riesgo) o los efectos nocivos se han desencadenado (actividades de efectos nocivos), pero el daño no se ha configurado todavía porque los efectos pueden ser objeto de medidas para contenerlos o reducirlos, de forma que fi-

nalmente el daño sea menor que el que hubieran podido producir los efectos originales si no hubieran sido combatidos. En los dos tipos de actividades que consideramos, la diferencia aparece en esta primera etapa, ya que en las actividades de riesgo las medidas preventivas se toman aunque se sepa que el accidente puede surgir de todos modos. El daño se produce por consecuencias de un accidente: escapa del control del operador aunque éste tome las precauciones debidas. Si, en el caso de las actividades de efectos nocivos, se adoptan las medidas de prevención adecuadas, no se producirán en principio ni el efecto nocivo ni, por consiguiente, el daño.

13. Esto es, esquemáticamente, lo que sucede en ambas actividades en la primera etapa o aspecto de la prevención. En la segunda etapa, esto es, cuando el accidente se haya producido o los efectos nocivos se hayan desatado, no parece que hubiera diferencias entre las dos actividades. Una primera posibilidad, inspirada en algún modo en el proyecto de normas del Consejo de Europa, sería la de diferenciar entre los dos tipos de actividades mencionadas en el artículo 1 y establecer, en el caso de las actividades de efectos nocivos, una verdadera obligación de negociar un régimen que estipularía las condiciones en que la actividad pudiera desarrollarse o, como se dice más arriba: «se ha establecido la obligación de negociar las condiciones equitativas en que podría llevarse a cabo la actividad»<sup>31</sup>.

14. La otra posibilidad sería equiparar ambos tipos de actividades a los efectos prácticos, dado el gran parentesco que tienen, y prever que exista en ambos casos la necesidad de notificar, informar y consultarse entre sí los Estados interesados, con o sin la participación de organizaciones internacionales, según sea el caso, pero que las obligaciones «duras» sólo surjan cuando el daño se haya producido y pueda imputarse causalmente a la actividad en cuestión. Esto parece justificable en la esfera de la prevención porque, aunque hay diferencias entre las dos formas de actividades, resulta poco menos que impensable imponer una previa aprobación internacional al desarrollo de una actividad o dejarla en un limbo jurídico respecto a su legalidad. A la espera de tiempos mejores, la solución sería imponer a las partes una simple obligación de consultarse en caso de que una actividad presentase los rasgos de tener efectos nocivos, como se hace para las actividades de riesgo en el proyecto que se examina. En cuanto a la responsabilidad propiamente dicha, parece que debiera ser de la misma naturaleza que en el caso de las actividades de riesgo, puesto que finalmente el proyecto de artículos no impone automáticamente una responsabilidad causal (*strict liability*), sino simplemente la obligación de negociar una indemnización por un daño producido. Es lo menos que se puede pedir para las dos formas de actividad.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Véase nota 8 *supra*.

<sup>31</sup> Extracto del comentario del Grupo de Expertos en Derecho Ambiental, citado en el párr. 8 *supra* (véase nota 27).

## CAPÍTULO I

## Actividades de riesgo

## A.—Lista de actividades

15. Se recordará que algunos oradores, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, se pronunciaron en favor de una lista de las actividades comprendidas en el artículo 1. En vista de ciertas objeciones, algunos pensaron en una lista flexible, que pudiera ser revisada de tanto en tanto por un grupo de expertos, cuyas eventuales modificaciones fueran sometidas a la aprobación de los gobiernos. Otros sugirieron la confección de una lista indicativa. La lista tiene la incomparable ventaja de circunscribir con precisión el alcance del proyecto y por ende hacerlo mucho más aceptable a los Estados, que pueden prever los límites de su responsabilidad. Los debates posteriores a aquel en que se examinó esta noción reflejan que la idea de una lista es recurrente y que tiene muchos partidarios en la CDI y la Asamblea General. Subsisten, sin embargo, los argumentos contrarios. Por ejemplo, el proyecto de normas sobre compensación por daños causados al medio ambiente preparado para el Consejo de Europa, que en suma es, como se ha visto (párr. 3 *supra*), un proyecto de responsabilidad civil por actividades peligrosas, desecha la posibilidad de elaborar una lista de actividades. En cambio, define dichas actividades principalmente en relación con el concepto de sustancias peligrosas<sup>32</sup>, cuya lista figura en un anexo, y en función de lo que se hace con ellas: manejo, almacenamiento, producción (incluyendo producción residual), descarga u otras operaciones similares. Incluye también: actividades que utilicen tecnologías que produzcan radiaciones peligrosas; o el lanzamiento al medio ambiente de organismos genéticamente modificados peligrosos o de microorganismos peligrosos; o la operación de una instalación o sitio de disposición de desechos<sup>33</sup>. El proyecto de normas luego define las sustancias peligrosas como aquellas que crean un riesgo significativo (cabe observar que la expresión «riesgo significativo» denota la aceptación de un umbral de riesgo, como en el proyecto de artículos que se examina) para las personas, los bienes o el medio ambiente, como las sustancias inflamables, explosivas, corrosivas, oxidantes, irritantes, carcinógenas, mutagénicas, tóxicas, ecotóxicas y radiogénicas con el alcance que se indica en el anexo A de las normas que se comentan. También se enumeran otras sustancias en el anexo B. El proyecto de normas prevé asimismo que la

<sup>32</sup> El proyecto del Consejo de Europa se inspira en este aspecto en otros instrumentos, en particular los que se refieren a la esfera del transporte

«Como en el caso de otros instrumentos, en especial en materia de transporte, el núcleo está constituido por las operaciones sobre sustancias peligrosas. Esas sustancias se reputan aquí peligrosas en razón de determinadas características (toxicidad, ...) definidas por una tipología empleada en el ámbito internacional [...]» [CDCJ (89) 60 (vease nota 8 *supra*), párr. 12]

<sup>33</sup> Las radiaciones peligrosas, como los organismos peligrosamente modificados genéticamente, o los microorganismos peligrosos, y sin duda los desechos manejados en esas instalaciones podrían caer dentro de la categoría de sustancias ampliamente concebida, pero se ha preferido hacer de ellos una categoría aparte. En suma, son peligrosas las actividades por las manipulaciones que ellas implican, ya sea de sustancias, microorganismos, organismos genéticamente modificados o desechos

designación de una sustancia como peligrosa puede restringirse a ciertas cantidades o concentraciones, a ciertos riesgos o a ciertas situaciones en que la sustancia puede encontrarse<sup>34</sup>. El proyecto define luego tanto los organismos modificados genéticamente que ofrecen peligro como los microorganismos peligrosos.

16. Este modelo es interesante y, para una convención de carácter universal, acaso más adecuado que una lista de actividades, como la que contiene el proyecto de acuerdo marco para un sistema de evaluación del impacto sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo<sup>35</sup>. El citado modelo ofrece una mayor flexibilidad y permite no obstante una considerable precisión en cuanto al alcance de los artículos. Suprime también algunas ambigüedades inevitables en el tipo de convención en que la Comisión ha estado trabajando hasta ahora. Por ejemplo, en el proyecto de artículos que se examina, «apreciable» (o eventualmente «significativo») tiene dos significados en relación con «riesgo»: el riesgo que ofrece una probabilidad superior a la normal de producir un daño transfronterizo, o un riesgo que puede ser advertido mediante un simple examen de los hechos. En suma, «apreciable» califica a un riesgo que no sólo es más elevado que lo normal en una actividad humana, sino también que es fácilmente perceptible o previsible. Gracias a la lista de sustancias no hace falta recurrir al segundo significado, porque el solo hecho de manejar una sustancia peligrosa advierte al explotador —y por ende al Estado de origen— que puede estar sujeto a ciertas obligaciones, y hace necesarios un examen y evaluación que antes sólo cabían si el riesgo era «apreciable» a un simple examen. En cuanto al primer significado, se facilita considerablemente la tarea poniendo en relación el concepto con la sustancia peligrosa que se emplea en la actividad calificada de «peligrosa», por lo que existe una situación tal en que las probabilidades de que surja un daño transfronterizo son, en principio, superiores a las de otras actividades.

17. En cuanto a la mayor flexibilidad, cabe señalar que la enumeración de las sustancias peligrosas no es exhaustiva; por un lado, aquellas incluidas hacen que las actividades que las emplean caigan bajo sospecha, pero aún habrá que ver si el riesgo de daño *transfronterizo* es real. Por el otro lado, puede haber otras sustancias no enumeradas que sean también conocidas por producir los mismos efectos, en cuyo caso las actividades que las utilizan podrán ser consideradas como pertenecientes al artículo 1.

<sup>34</sup> Es una idea similar a la contenida en el apartado a del artículo 2 del proyecto que se examina: cosas que engendran riesgo, ya por sus calidades intrínsecas, ya en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean. La concentración de 200 000 toneladas de petróleo en un barco es peligrosa en relación con la forma en que se maneja, o sea, en un barco que puede naufragar o tener un accidente con una pérdida ruinosa para el mar y la playa más cercana

<sup>35</sup> ENVWA/AC 3/4 (26 de mayo de 1989), que con posterioridad pasó a ser la «Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement», firmada en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991 (E/ECE/1250)

### B.—Modificaciones al artículo 2 que acarrearía la nueva fórmula

18. Para comprender mejor cómo funcionaría el sistema de la lista de sustancias peligrosas, se analizan a continuación las modificaciones que su inclusión implicaría en las disposiciones generales del proyecto de artículos que se examina. Así, en el nuevo artículo 2 (Términos empleados), los primeros cuatro apartados incorporan el sistema de definir las «actividades de riesgo» tal como ya se describió. Luego se adaptan otros apartados en la forma explicada más arriba. Huelga decir que estos textos sólo son provisionales, ya que su redacción final debiera hacerse en consulta con expertos. No obstante, tienen un antecedente serio, como es el proyecto de normas del Consejo de Europa, que permite manejar los conceptos de forma más práctica.

19. La adopción de ciertas modificaciones al texto del artículo 2 no plantearía problemas, puesto que de todas maneras el artículo admitía —según opiniones no contradictorias en la Comisión— la introducción de nuevos términos y la adaptación de los existentes a los desarrollos posteriores. El artículo 1 no se vería afectado por la introducción de la lista. La redacción de los cuatro primeros apartados del artículo 2 sigue en general la del proyecto de normas del Consejo de Europa, sólo que no se incluye «la operación de una instalación o sitio de disposición de desechos» en el concepto de actividad peligrosa, porque ya parece contenido en la idea general del manejo de sustancias peligrosas, y es obvio que los desechos lo son. Por lo demás, esta noción de «sustancias peligrosas» naturalmente ha sido pensada para la región europea, cuyas actividades predominantes tienen sus características particulares. Sería necesario, entonces, adaptar esta técnica a una escala mundial en consulta con expertos. Esto puede hacerse acaso de dos maneras: una, autorizando al Relator Especial a celebrar las consultas pertinentes; otra, dejando en el texto simplemente el concepto general para que una eventual conferencia codificadora nombre una comisión de expertos a ese efecto, como se hizo en el caso del derecho del mar.

20. El nuevo apartado *a* del artículo 2 define las actividades de riesgo. El inciso *i*) las refiere a las sustancias peligrosas como las incluidas en la lista, y es de naturaleza muy general: manejo, almacenamiento, producción y descarga, así como otras operaciones de índole similar. El transporte fue excluido del proyecto de normas del Consejo de Europa por cuanto se estimó que ya existían convenciones y proyectos que lo consideraban para la misma región. En el proyecto de artículos que se examina podría incluirse el transporte porque el artículo 4 haría predominar las convenciones particulares por sobre las generales, sin perjuicio de que se aplicaran en tales circunstancias los principios de la convención marco que no fuesen incompatibles con los del instrumento particular. En cuanto a los incisos *ii*) y *iii*) del apartado *a*, aunque la expresión «sustancias» podría interpretarse en sentido lato como «todo aquello que la actividad maneja» o bien «todo aquello con que la actividad se ocupa principalmente» y abarcar por ende también las irradiaciones peligrosas o incluso los organismos genéticamente modificados peligrosos y los microorganismos peligrosos, se ha considerado preferible hacer de estos casos categorías distintas en el proyecto que se examina.

21. El nuevo apartado *b* define las «sustancias peligrosas», el nuevo apartado *c* los «organismos genéticamente modificados peligrosos» y el nuevo apartado *d* los «microorganismos peligrosos». Los apartados *a* a *d* serán necesarios si se acepta el concepto de definir el alcance del proyecto en la nueva manera. El nuevo apartado *e* constituye una versión enmendada del anterior inciso *ii*) del apartado *a*, en el que el concepto de «riesgo» se definía justamente en función de las cosas que maneja una actividad, y la nueva definición de sustancias peligrosas lo hace innecesario. En el nuevo apartado *e* se define el riesgo «apreciable» o «significativo» en el sentido con que se utiliza en el proyecto, o sea, como el que ofrece, o bien una probabilidad superior a la normal de causar un daño transfronterizo simplemente «apreciable» o «significativo», o una baja o muy baja de causar daños de gran magnitud o catastróficos. Se sigue a este respecto el criterio del Código de conducta sobre la contaminación accidental de aguas internas transfronterizas<sup>36</sup>, de la CEPE, donde se define el «riesgo» como «el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un evento indeseable y su amplitud» (apartado *f* del art. 1), lo que corresponde, en suma, al antiguo inciso *ii*) del apartado *a*, desprovisto del concepto de que el «riesgo apreciable» [significativo] es un riesgo fácilmente perceptible, como se indicó más arriba. Ahora bien, el solo hecho de manejar una sustancia peligrosa constituye riesgo apreciable, aunque naturalmente haya que ejercitar el propio juicio para determinar si un riesgo determinado alcanza el rango de *transfronterizo*: no cualquier actividad que maneje una sustancia explosiva, por ejemplo, será susceptible de originar daños transfronterizos. Así, una fábrica de explosivos situada lejos de la frontera, aunque fuera peligrosa para los vecinos, no parecería ofrecer un riesgo «apreciable» [significativo] de causar un daño transfronterizo. En el apartado *f* se pueden definir las actividades de efectos nocivos como en el antiguo apartado *b*, pero recogiendo la crítica a la frase «a lo largo de su desarrollo» para cambiarla por «en el curso de su operación normal». Hasta aquí, entonces, las modificaciones que deberían introducirse en el artículo 2 para adaptar el proyecto de artículos a la técnica de determinar su alcance a través de una definición de sustancias peligrosas y de una lista.

### C.—Otras modificaciones al artículo 2 y demás disposiciones generales

22. Las otras disposiciones del artículo 2 que se proponen a continuación no se relacionan con lo anterior, sino más bien con algunas nuevas reflexiones sobre el tema y con sugerencias hechas durante los debates celebrados en el último período de sesiones. En primer lugar, se ha tratado de definir con más precisión el concepto clave de «daño transfronterizo» al incluir el costo de las medidas de prevención tomadas *después* que se haya producido un accidente en las actividades de riesgo, o bien *después* que un efecto dañoso haya sido emitido en las actividades de efectos nocivos y aún se esté a tiempo de contenerlo o minimizarlo. Parece evidente que si tales medidas son adop-

<sup>36</sup> Aprobado por la CEPE mediante su decisión C (45) de 27 de abril de 1990. Para el texto, véase *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28).

tadas por el Estado afectado en defensa de su territorio, o en su nombre por un tercero que esté en condiciones de hacerlo, deberán ser consideradas como parte del daño y su costo indemnizado. Así se dispone en algunas convenciones y proyectos recientes. La Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos<sup>37</sup>, de 1988, dispone en el párrafo 2 del artículo 8 que:

2 La responsabilidad de un operador sera objetiva por

[ ]

d) el reembolso, a quien hubiera incurrido en ellos, de los gastos razonables relacionados con las medidas de respuesta necesarias, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción [ ]

Se dice, en el párrafo 1 del artículo 8, que el operador

1 [ ] tomara las medidas de respuesta necesarias y oportunas, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción, si la actividad causa o amenaza con causar daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados [ ]<sup>38</sup>

La Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, de 1989 (CRTD)<sup>39</sup>, dispone, en el apartado d del párrafo 10 del artículo 1, que:

10 Se entiende por «daño»

[ ]

d) los costos de las medidas preventivas y otras pérdidas o daños causados por las medidas preventivas

Y, en el párrafo 11 del artículo 1, que:

11 Se entiende por «medidas preventivas» las medidas razonables adoptadas por cualquier persona después de sobrevenir un siniestro para prevenir o aminorar los daños

El proyecto de convenio sobre responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas (1984)<sup>40</sup>, de la OMI, prevé, en el párrafo 6 del artículo 1, que el «daño comprende los costos de las medidas preventivas y otras pérdidas o daños causados por las medidas preventivas». Por último, el proyecto de normas del Consejo de Europa establece, en el párrafo 10 de la norma 2, que se entiende por «medidas preventivas» «Las medidas razonables adoptadas por cualquier persona después de sobrevenir un siniestro para prevenir o aminorar los daños». Además, en el párrafo 8 de la norma 2, la definición de «daño» comprende «los costos de las medidas preventivas y otras pérdidas o daños causados por las medidas preventivas».

23. Asimismo, hay que establecer en una categoría aparte el daño causado al medio ambiente, y que interesa principalmente al Estado, a diferencia del daño causado direc-

tamente a las personas privadas o a sus bienes. El daño al medio ambiente debe repararse por la restauración de las condiciones que existían *antes* de producirse el daño, y el costo de tales operaciones ha de ser solventado por el Estado de origen si fueron hechas por el Estado afectado o por un tercero a su pedido. Si no fuera posible volver al *statu quo ante*, cabría estimar de alguna manera en dinero el deterioro sufrido y compensar al Estado afectado con una suma equivalente u otra prestación del Estado de origen que pudiera negociarse entre los interesados. Cabe agregar que si se quiere utilizar la vía interna, el único titular de la acción es el Estado afectado. En cambio, las repercusiones del daño causado al medio ambiente pueden perjudicar también a las personas privadas: un hotelero que pierde su clientela, porque la región turística donde estaba situado su establecimiento se vio perjudicada por un escape de radiactividad, experimenta un lucro cesante que debe serle indemnizado en alguna manera, y estaría en condiciones de iniciar una demanda en la forma que se verá más adelante. Esta solución cuenta con el apoyo de la práctica reciente. Así, la Convención de Wellington de 1988, que en el apartado d del párrafo 2 del artículo 8 ya citado (párr. 22) impone al operador las «medidas de respuesta» comentadas, estipula en ese mismo párrafo 2 que:

2 La responsabilidad de un operador sera objetiva por

a) daño al medio ambiente antártico o a los ecosistemas dependientes o asociados emergente de sus actividades sobre recursos minerales antárticos, incluyendo el pago de indemnizaciones en el caso en que no haya restauración del *statu quo ante*

[ ]

La Convención CRTD de 1989 incluye en la definición de daño, que figura en el párrafo 10 del artículo 1:

c) la pérdida o el daño por contaminación causados al medio ambiente por las mercancías peligrosas, no obstante, la indemnización por deterioro del medio ambiente, salvo las ganancias dejadas de obtener a causa de ese deterioro, estará limitada a los costos de las medidas razonables de rehabilitación efectivamente ejecutadas o que hayan de ejecutarse

El proyecto de normas del Consejo de Europa<sup>41</sup> da la siguiente definición en el párrafo 9 de la norma 2:

9 Se entiende por *medidas de rehabilitación*

Todas las medidas apropiadas y razonables encaminadas a rehabilitar o restaurar los recursos naturales dañados o destruidos o, si fuera apropiado o razonable, a introducir el equivalente de esos recursos en el medio ambiente

E incluye lo siguiente en la definición de «daño», contenida en el párrafo 8 de la misma norma:

[ ]

la pérdida o el daño por contaminación causados al medio ambiente por las sustancias peligrosas o los residuos, no obstante, la indemnización por deterioro del medio ambiente, salvo las ganancias dejadas de obtener, estará limitada a los costos de las medidas de rehabilitación efectivamente ejecutadas o que hayan de ejecutarse

Parece lógico que en estos casos, en que la evaluación del daño y de su indemnización resultan difíciles, la mejor medida de la compensación sea el costo de la restauración del medio ambiente a su *statu quo ante* y que sólo si eso no resultara posible, o resultase parcialmente posible, intervenga una compensación en dinero u otra prestación del Estado de origen que se ha de convenir con el Estado afectado para restablecer el equilibrio de los intereses de las partes alterado por el daño al medio ambiente.

<sup>37</sup> Firmada en Wellington el 2 de junio de 1988 (*Revue generale de droit international public*, Paris, tomo 93, 1989, pag 102), denominada en adelante «Convención de Wellington de 1988»

<sup>38</sup> Las medidas de prevención dispuestas en este párrafo son las medidas destinadas a limitar los efectos de un incidente que ya se ha producido

<sup>39</sup> Aprobada el 10 de octubre de 1989 bajo los auspicios de la CEPE. Para el texto, vease *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD)* [publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta F 90 II E 39], denominada en adelante «Convención CRTD de 1989»

<sup>40</sup> OMI, documento LEG/CONF 6/3 (13 de enero de 1984)

<sup>41</sup> Véase nota 8 *supra*

24. En el apartado *g* del artículo 2, el Relator Especial ha añadido a la definición de daño transfronterizo la noción de que éste comprende también los costos de las medidas de prevención *ex post facto*, y en el apartado *h* ha tratado de dar una breve definición del daño «apreciable» [significativo]. Como no es del todo fácil hacerlo, el Relator Especial está dispuesto a recibir sugerencias a este respecto. El proyecto de normas del Consejo de Europa prevé, en el apartado *d* del párrafo 4 de la norma 3, que:

4 Al explotador no le corresponde responsabilidad si prueba que

[ ]

d) el daño fue causado por una contaminación de un nivel tolerable que haya de preverse habida cuenta de las circunstancias locales [pertinentes]

El Relator Especial también ha intentado definir la noción de «incidente» en un nuevo apartado *k* del artículo 2. A este respecto se plantea la cuestión previa de determinar si es mejor utilizar la palabra «accidente» o «incidente». El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra «accidente», en una de sus acepciones, como un «suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas». O sea que, para que se produzca un accidente, es condición *sine qua non* que no intervenga la voluntad; más aún, en las actividades que entrañen riesgo sería menester que el accidente se originara *en contra de la voluntad*, puesto que la negligencia implicaría eventualmente una violación de la obligación general de debida diligencia. En las actividades de efectos nocivos, aunque la voluntad no está dirigida específicamente hacia la producción de un daño, parece claro que el explotador se representa dicho daño y no obstante ello sigue adelante con su actividad y por ende con la producción de sus efectos normales, que son nocivos por definición. En el texto inglés de algunas de las convenciones y proyectos examinados en este capítulo parece preferirse la utilización de la palabra *incident*. En español, aunque ambas palabras tienen un área común de significación, también tienen diferencias, como por ejemplo, que una acep-

ción de *accidente* es la de ser un «suceso eventual que altera el orden regular de las cosas», y esta definición no sería apropiada para las actividades de efectos nocivos, donde el daño se produce como una consecuencia de la operación normal de dicha actividad. Podría ser conveniente, sin embargo, que el proyecto que se examina adoptara el término «incidente» para referirse tanto a un accidente propiamente dicho, cuando las cosas escapan del control del operador, como a un cierto efecto «que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con éste algún enlace», según la definición de «incidente» también del Diccionario de la Real Academia Española. Eso evita incurcionar en el concepto de «debida diligencia»: basta con saber que el efecto se ha producido para que intervengan las consecuencias jurídicas. En todo caso, el proyecto de normas del Consejo de Europa define el término *incident*, en el párrafo 12 de la norma 2, como sigue:

12 Se entiende por *incidente*

Cualquier acaecimiento instantáneo o continuado, como una explosión, un incendio, un derrame o emisión, o cualquier serie de eventos que tengan el mismo origen, que causa un daño o crea un riesgo grave e inminente de causar un daño

Asimismo, en la Convención CRTD de 1989 se define el «incidente», en el párrafo 12 del artículo 1, en los siguientes términos:

12 Se entiende por «incidente» cualquier evento o serie de eventos que tengan el mismo origen y que causen un daño o creen un riesgo grave e inminente de causar un daño

Esta última definición podría ser la más adecuada para el proyecto de artículos que se examina.

25. El nuevo apartado *l* del artículo 2 define las medidas de restauración y es compatible con las disposiciones de las convenciones y los proyectos ya examinadas; el nuevo apartado *m* define las medidas preventivas, incluyendo las que se adoptan *ex post facto*. Por último, el nuevo apartado *n* prevé que los «Estados interesados» son el Estado o Estados de origen y el Estado o Estados afectados. Los artículos 3, 4 y 5 no experimentan modificaciones.

## CAPÍTULO II

### Principios

26. Los principios establecidos en los artículos 6 a 10 del proyecto no se verían afectados por la introducción del concepto de sustancias peligrosas y la lista de esas sustancias. Las adiciones que aquí se proponen tienen que ver con la introducción de algunos conceptos que se han examinado en relación con el artículo 2 (párrs. 22 a 25 *supra*).

#### A.— Artículo 8 (La prevención)

27. El artículo 8 debe contener una disposición que incorpore el concepto de medidas de prevención *ex post facto*, es decir, para contener y minimizar los efectos transfronterizos nocivos de las actividades. Es preferible

hablar de «efectos nocivos» más que de «daño» en relación con la prevención, ya que el efecto nocivo puede o no traducirse finalmente en un daño, según se tomen o no ciertas medidas de prevención. Si se trata de reducir o anular un daño ya producido, por ejemplo, por restauración de las condiciones anteriores, ya no sería con medidas preventivas sino de reparación.

#### B.— Artículo 9 (La reparación)

28. El artículo 9 no se vería afectado, aunque el Relator Especial pone a disposición del Comité de Redacción un nuevo texto que recoge las observaciones hechas en el debate.

### C.—Artículo 10 (No discriminación)

29. El Relator Especial propone, en forma provisional y para auscultar el parecer de la Comisión, un principio adicional a los anteriores, el de no discriminación, que sería materia del artículo 10. Este principio tiene dos vertientes que el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental formuló separadamente en los artículos 13 y 20 de sus «Principios concernientes específicamente a recursos naturales transfronterizos y a interferencias ambientales»<sup>42</sup>. El artículo 13, relativo a la no discriminación entre las interferencias internas y transfronterizas en el medio ambiente<sup>43</sup>, se refiere a la obligación de un Estado de origen

[ ] de tener en cuenta los efectos perjudiciales que cause o pueda causar la interferencia ambiental sin discriminación, tanto si los efectos se producen dentro de la zona sujeta a su jurisdicción nacional como si se producen fuera de ella

En su comentario al artículo 13 el Grupo de Expertos señala:

De conformidad con este principio, los Estados están obligados para con los demás Estados, al examinar a tenor de su política o legislación *internas* la licitud de las interferencias ambientales o del riesgo importante de interferencias ambientales, a considerar las interferencias ambientales cuyos efectos perjudiciales se dejen sentir o puedan dejarse sentir principalmente fuera de la zona sometida a su jurisdicción nacional del mismo modo, o por lo menos de un modo no menos favorable, que las interferencias cuyos efectos perjudiciales se dejarían sentir totalmente en el interior de la zona sometida a su jurisdicción nacional<sup>44</sup>

El Grupo de Expertos considera que éste es un «principio emergente» del derecho internacional del medio ambiente y cita en apoyo de su argumentación el artículo 30 del Acuerdo de Cooperación entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia<sup>45</sup>, de 1962, y el artículo 2 del Convenio sobre la protección del medio ambiente<sup>46</sup>, celebrado por Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia en 1974, amén de las recomendaciones de organizaciones intergubernamentales y otros organismos, principalmente de la OCDE, y sobre todo el principio 13 de los Principios de conducta del PNUMA en el campo del medio ambiente<sup>47</sup>. Este principio de no discriminación es sin perjuicio de que pueda exigirse a un Estado de origen una *norma mínima*

<sup>42</sup> *Environmental Protection* op cit (nota 11 supra), págs 72 y ss

<sup>43</sup> *Ibid*, pag 88

<sup>44</sup> *Ibid*

<sup>45</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 434, pag 145

<sup>46</sup> *Ibid*, vol 1092, pag 279

<sup>47</sup> Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados (PNUMA, *Derecho ambiental Líneas directrices y principios* N° 2, *Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978)

*internacional* que sea superior a la que establece su legislación interna dentro de su propia jurisdicción. Refiriéndose a la recomendación C (77) 28 del Consejo de la OCDE para la aplicación de un régimen de igualdad de acceso y de no discriminación en materia de contaminación transfronteriza<sup>48</sup>, el Grupo de Expertos observó que:

[ ] En realidad, el principio de la no discriminación tenía por objeto establecer un nivel *mínimo* de protección por debajo del cual no deberían descender los países miembros de la OCDE [ ]<sup>49</sup>

30. La otra vertiente del principio de la no discriminación que el Grupo de Expertos enuncia en el artículo 20 de los principios ya mencionados (párr. 29), en relación con los procedimientos no intergubernamentales<sup>50</sup>, se aplica a las relaciones entre los Estados y las personas privadas. Ese artículo prevé:

Los Estados otorgaran medios de defensa a las personas que resulten o puedan resultar perjudicadas por una interferencia transfronteriza en su uso de un recurso natural transfronterizo o por una interferencia ambiental transfronteriza. En particular, los Estados de origen otorgaran a esas personas la igualdad de acceso y las debidas garantías legales y procesales en los mismos procesos administrativos y judiciales a que pueden recurrir las personas sujetas a su jurisdicción que resulten o puedan resultar análogamente perjudicadas

En el comentario al artículo 20<sup>51</sup>, el Grupo de Expertos diferencia entre el principio contenido en el artículo 13 y el formulado en el artículo 20. A su juicio, el artículo 13 meramente va contra la posibilidad de que un Estado de origen discrimine entre los efectos de lo que se denomina una «interferencia ambiental» que se operan principalmente en su territorio y los efectos que se ejercen principalmente en otra jurisdicción, sin ocuparse de los recursos jurídicos a disposición de los extranjeros afectados o potencialmente afectados (personas naturales o entidades no gubernamentales). En cambio, el artículo 20 dispone que los Estados deben establecer tales recursos para las personas que han sido o pueden ser adversamente afectadas por una «interferencia ambiental transfronteriza». Esta cuestión se examinará más detalladamente, pero baste lo dicho para fundamentar la inclusión, en el proyecto que se examina, del principio de no discriminación que abarque los dos aspectos señalados; de los cuales el segundo parece ser un aspecto específico del primero, al que completa con el llamamiento a los Estados partes para que otorguen en su legislación los recursos legales adecuados y los apliquen sin discriminación.

<sup>48</sup> Aprobada el 17 de mayo de 1977 por el Consejo de la OCDE (*L'OCDE et l'environnement*, OCDE, Paris, 1979, págs 126 y ss)

<sup>49</sup> *Environmental Protection*, op cit (nota 11 supra), pag 90

<sup>50</sup> *Ibid*, págs 119 y 120

<sup>51</sup> *Ibid*, págs 120 y ss

## CAPÍTULO III

### Procedimiento revisado

#### A.—Consideraciones preliminares

31. Durante el examen de los artículos 10 a 17, efectuado en su último periodo de sesiones, la Comisión consideró que había que flexibilizar y simplificar el procedi-

miento relacionado con algunos aspectos de la cooperación y de la prevención<sup>52</sup>. El Relator Especial ha intentado ha-

<sup>52</sup> Véase *Anuario* 1989, vol II (segunda parte), págs 100 y 101, párrs 377 a 381

cerlo así, en particular suprimiendo el plazo para responder a la notificación (anteriores artículos 13 y 14), simplificando el procedimiento en caso de protección de la seguridad nacional o de secretos industriales (anterior artículo 11) y sustituyendo la obligación de negociar un régimen (anterior artículo 16) por una simple obligación de consultarse. Asimismo, el nuevo artículo 18 ha precisado que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el capítulo III del proyecto no otorga al Estado afectado acción alguna de protección jurisdiccional.

## B.—Comentarios a los artículos 11 a 20 propuestos

### 1. ARTÍCULO 11 (EVALUACIÓN, NOTIFICACIÓN, INFORMACIÓN)

#### a) Párrafo 1

32. El Relator Especial cree que el deber general de evaluar, notificar e informar en el caso de ciertas actividades que producen, o crean el riesgo de producir, daños transfronterizos está razonablemente bien establecido en la práctica internacional, según intentó demostrar en su quinto informe<sup>53</sup>. Sin embargo, los casos citados en apoyo de esta tesis no parecen contener obligaciones propiamente dichas, cuya violación traiga aparejadas sanciones internacionales. El nuevo artículo 11 contiene el deber de notificar al Estado o Estados probablemente afectados cualquier actividad mencionada en el artículo 1 que se desarrolle o esté a punto de desarrollarse bajo su jurisdicción o control. Esta obligación sería análoga a la prevista en el anterior artículo 10, pero si se adopta la nueva definición de las actividades señaladas en el artículo 1 (junto con la lista de sustancias peligrosas que figuran en los anexos correspondientes), el alcance del presente artículo queda algo más restringido y precisado en cuanto a las actividades de riesgo. Por consiguiente, la observación hecha en el último período de sesiones en el sentido de que no se debía recargar excesivamente al Estado de origen con estas obligaciones pierde algo de peso. En todo caso, hay que tener en cuenta que los propios habitantes del Estado de origen están generalmente amenazados por los riesgos o daños derivados de las actividades referidas en el artículo 1, por lo cual la supuesta carga «excesiva» de dichos Estados no sería más que un deber que de todos modos deben o debieran cumplir para proteger a su propia población, y que, en último extremo, no se prevén sanciones para el incumplimiento. De forma que si un Estado toma sobre sí, sin evaluar, notificar ni informar a nadie, la responsabilidad de seguir adelante con una actividad que causa daños transfronterizos o crea el riesgo de causarlos, puede hacerlo, pero naturalmente deberá pagar las indemnizaciones correspondientes si el daño ocurre.

#### b) Párrafo 2

33. El párrafo 2 del artículo 11 contempla la situación de que el efecto transfronterizo causante del daño sea suscep-

<sup>53</sup> Documento A/CN.4/423 (véase nota 5 *supra*), párrs. 79 a 95. Véase también el proyecto de acuerdo marco para un sistema de evaluación del impacto sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de la CEPE (ENVWA/AC.3/4) [véase nota 35 *supra*].

tible de extenderse a una pluralidad de Estados y establece la obligación de recurrir a una organización internacional competente en la materia. Esta pluralidad de Estados configuraría una situación en la que el interés excede la dimensión bilateral, o la de varias relaciones bilaterales (Estado de origen con cada uno de los Estados afectados), para adquirir una especie de interés público. Lo mismo sucedería si hay varios Estados afectados y el Estado de origen no puede saber cuáles serán esos Estados. Naturalmente que si se trata de una actividad regida por una convención particular que establece la intervención de una organización internacional aunque sea uno solo el Estado afectado, prevalecerá esta convención.

### 2. ARTÍCULO 12 (PARTICIPACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL)

34. El artículo 12 establece las funciones de la organización internacional en los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 11 cuando estas funciones no estén especificadas en los propios estatutos o reglamentos de la organización. La asistencia técnica que ésta preste a los países en desarrollo que no posean la tecnología necesaria para apreciar los efectos transfronterizos de la actividad puede ser de gran ayuda.

### 3. ARTÍCULO 13 (INICIATIVA DEL ESTADO PRESUNTAMENTE AFECTADO)

35. Si un Estado tiene serias razones para creer que una actividad en otro Estado le causa o crea el riesgo de causarle daño transfronterizo y advierte de ello al presunto Estado de origen, éste tendría el deber de cumplir con los requerimientos del párrafo 1 del artículo 11. Si resultare que, en efecto, la actividad en cuestión es una de las mencionadas en el artículo 1, el Estado de origen deberá reembolsar los gastos en que ha incurrido el Estado afectado. Ello parece equitativo, puesto que el Estado afectado ha hecho buena parte del trabajo que incumbe al Estado de origen al examinar la actividad en cuestión y darle la información correspondiente.

### 4. ARTÍCULO 14 (DE LAS CONSULTAS)

36. En los casos especificados en los artículos anteriores, los Estados interesados se consultarán con miras a establecer un régimen para la actividad que concilie sus intereses. Deberán hacerlo de buena fe y con el espíritu de cooperación necesario para dar buen fin al asunto. Si son varios los Estados afectados, podrá haber reuniones multilaterales amén de las que pueda celebrar bilateralmente el Estado de origen. Esto da cierto carácter público a los asuntos que se debaten, lo que parece beneficioso.

### 5. ARTÍCULO 15 (PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL O DE SECRETOS INDUSTRIALES)

37. Como se sugirió en el último período de sesiones, el Relator Especial propone, en el artículo 15, una versión simplificada del anterior artículo 11, inspirándose en los

«Principios relativos a la contaminación transfronteriza», que figuran en un anexo de la recomendación C (74) 224 del Consejo de la OCDE<sup>54</sup>; en el párrafo 2 del principio 6 de los Principios de conducta del PNUMA en el campo del medio ambiente<sup>55</sup> y en el artículo 20 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (denominado en adelante «proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales»)<sup>56</sup>.

#### 6. ARTICULO 16 (MEDIDAS UNILATERALES DE PREVENCIÓN)

38. Cualquiera que sea el estado de las conversaciones, o de las cosas si las conversaciones no existen, si el Estado de origen es consciente de la posibilidad de daño transfronterizo de una actividad bajo su jurisdicción o control deberá tomar las medidas precautorias del artículo 8; a menos, naturalmente, que tenga la fundada convicción de que la actividad no tiene la naturaleza que algunos le asignan. En todo caso, si, en esas circunstancias, sobreviene un daño causalmente imputable a la actividad<sup>57</sup>, entran a jugar los artículos correspondientes a la responsabilidad del Estado de origen. Entre las medidas unilaterales de prevención debieran incluirse la sujeción de la actividad sospechosa a una autorización previa del Estado de origen, así como la creación de alguna forma de seguro obligatorio, otras garantías financieras o de un fondo público para cubrir su responsabilidad frente a los posibles Estados afectados. Asimismo, en el marco de la prevención *ex post facto*, cabe la posibilidad de que el Estado deba intervenir mediante instituciones públicas para detener algún efecto nocivo que esté propagándose y que aún pueda ser contenido o disminuido. Alguna vez podría ser necesaria la intervención de los bomberos, o incluso del ejército, o una movilización de guardabosques u otra medida de este tipo, que constituye una obligación del Estado y no del explotador.

#### 7. ARTICULO 17 (EL EQUILIBRIO DE INTERESES)

39. En diversas oportunidades se ha insistido en la CDI y la Sexta Comisión sobre la conveniencia de dar algunas pautas para la negociación de un régimen. Las transcritas en el artículo 17 reflejan la mayor parte de los llamados «factores» enumerados en la sección 6 del plan esquemático del tema<sup>58</sup>. El Relator Especial debe confesar cierta

<sup>54</sup> Adoptada el 14 de noviembre de 1974 por el Consejo de la OCDE (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, pag 163)

<sup>55</sup> Véase nota 47 *supra*

<sup>56</sup> Véase *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), pag 58

<sup>57</sup> Por razones de comodidad, el Relator Especial señala que el daño es imputable causalmente a la actividad. En rigor, como lo ha explicado en su quinto informe,

«[ ] la causalidad se origina en actos puntuales y específicos, no en actividades. Un cierto resultado en el mundo físico, que configura un daño en el mundo jurídico, puede conducir, rastreando la cadena causal, a un cierto acto humano que le da origen. Pero no puede asignarse con el mismo rigor a una "actividad", que es un conjunto de actos, una o varias series de episodios de conducta humana orientados en cierto sentido» (Documento A/CN.4/423 [véase nota 5 *supra*], párr 13)

<sup>58</sup> *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), pag 88, párr 109

falta de entusiasmo por la inclusión de este tipo de conceptos en un cuerpo normativo, porque son apenas recomendaciones o guías de conducta y no verdaderas normas jurídicas, y porque los factores que intervienen en una negociación de este tipo son demasiado variados para admitir un corsé conceptual. Sin embargo, no es insólito hacerlo<sup>59</sup>, y su inclusión en los presentes artículos, además de dar cierto contenido a la noción de «equilibrio de intereses»<sup>60</sup> que está detrás —por así decirlo— de varios de los textos propuestos, y de servir de orientación a los Estados interesados, tendría un cierto valor jurídico para apreciar la buena fe con que aquellos Estados han actuado en la negociación. Tal vez sería útil, en este sentido, establecer si el Estado de origen tenía la posibilidad de desarrollar una actividad equivalente en forma menos peligrosa, aunque ligeramente más cara, o la medida en que el Estado afectado protege a sus propios nacionales de la repercusión de la misma o similar actividad. El párrafo preliminar del artículo es permisivo: las partes podrán tener en cuenta los factores enunciados, puesto que ello entra en la autonomía de la voluntad que sólo puede ceder ante normas imperativas del derecho internacional. Por lo demás, la variedad de circunstancias en cada caso particular es tan grande que no podría exigirse que los factores del artículo se tengan en cuenta por los Estados interesados, puesto que quizá otro factor no enumerado tenga la mayor relevancia en la especie. En cuanto a la enumeración misma, los diferentes apartados se explican por sí mismos, sin necesidad de mayores comentarios.

#### 8. ARTICULO 18 (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ANTERIORES)

40. Si el Estado de origen no cumple las obligaciones que se acaban de comentar, el Estado afectado no dispondrá de acción alguna, a menos que surja un daño. Sólo en caso de que el daño pueda atribuirse causalmente a la actividad en cuestión comienzan a actuar los mecanismos de la responsabilidad. Esta solución corresponde a opiniones expresadas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión que no fueron contradichas. Corresponde también a la práctica internacional citada por el Relator Especial en su

<sup>59</sup> Véase el artículo 7 del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales, que hace una enumeración de los factores que configuran una utilización «equitativa y razonable» de las aguas de un curso de agua internacional (*Anuario 1987*, vol II [segunda parte], pag 37)

<sup>60</sup> Es una expresión muy difícil de definir. Acaso una aproximación a esta idea, en el plano de la generalización, la den algunos párrafos de sentencias internacionales. Por ejemplo, en el asunto del *Lago Lanos*, el tribunal arbitral declaró

«[ ] El Tribunal opina que el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios» (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XII [Nº de venta 65 V 3], pag 315, párr 22)

Asimismo, en el asunto de la *Jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del Oder*, la CPJI dictaminó que

«[ ] Una comunidad de intereses en un río navegable se convierte en la base de una comunidad de derecho cuyas características fundamentales son la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños en el uso de la totalidad del curso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás» (Fallo Nº 16 de 10 de septiembre de 1929, *C P J I*, serie A, Nº 23, pag 27)

quinto informe<sup>61</sup>. Naturalmente que si alguna acción está contemplada en otras convenciones vigentes entre las partes, tales convenciones se aplicarán. En todo caso, el incumplimiento de las obligaciones mencionadas inhabilita al Estado de origen para invocar los beneficios del artículo 23.

#### 9. ARTÍCULO 19 (FALTA DE RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 11)

41. Si el Estado de origen ha cumplido con la notificación prevista en el artículo 11 y además ha comunicado voluntariamente informaciones sobre las medidas que piensa tomar para prevenir el daño o minimizar el riesgo, y si el Estado o alguno de los Estados que probablemente puedan resultar afectados no ha dado respuesta, se considerarán satisfactorias para ese Estado las medidas propuestas, y no podrá alegar que el Estado de origen no ha tomado las precauciones suficientes en caso de que se produzca el daño. Si un Estado que ha sido notificado considera que el plazo es insuficiente, o que sus medios no le permiten responder a tiempo, podrá pedir una prórroga.

<sup>61</sup> Documento A/CN.4/423 (véase nota 5 *supra*), párrs. 79 a 95.

Si se trata de un país en desarrollo que requiera, para poder apreciar plenamente los riesgos involucrados, alguna asistencia, ésta podrá venir de las organizaciones internacionales o del propio y presunto Estado de origen, si está en condiciones de prestarla. Si el estudio efectuado probare que la actividad corresponde, en efecto, a una de las previstas en el artículo 1, los costos del estudio correrán por cuenta del Estado de origen, como habría sucedido si éste hubiera cumplido sus obligaciones en virtud del artículo 11. Si no fuera así, los costos serían solventados por el Estado afectado.

#### 10. ARTÍCULO 20 (PROHIBICIÓN DE LA ACTIVIDAD)

42. El artículo 20 es un artículo límite. Es lógico prohibir una actividad en caso de que sus efectos provoquen daños transfronterizos que no puedan ser evitados ni adecuadamente compensados, como algunos daños al medio ambiente que no admiten restauración. Es menester que el explotador encuentre la forma de convertir la actividad en una menos nociva, o en una actividad tratable, para poder llevarla adelante, y el Estado de origen así debería proponerle al explotador que le solicita la correspondiente autorización.

## CAPÍTULO IV

### Responsabilidad

#### A.—Consideraciones generales

43. El capítulo IV desarrolla el principio contenido en el artículo 9 y trata de la responsabilidad del Estado de origen, esto es, de las obligaciones *primarias* que nacen como consecuencia de la producción del daño. Como se ha observado, para que se cumpla la condición que desencadena la responsabilidad es indiferente que el daño se haya originado o no en el incumplimiento de las obligaciones de prevención, pero en cambio las consecuencias pueden ser algo distintas según se explicará más adelante. En resumen, cuando se produce un daño causalmente atribuible a una actividad mencionada en el artículo 1, es obligación del Estado de origen negociar el contenido de una prestación suya que restablezca en lo posible el equilibrio de intereses que existía antes del daño. Si no cumple con esta obligación de negociar, esto es, si no acepta sentarse a la mesa de la negociación, o si procede de forma que impide una verdadera negociación<sup>62</sup>, habrá incurrido en la violación de una obligación internacional y por ende en responsabilidad por ilicitud. Sólo entonces, al término de todo el proceso, habría responsabilidad de este tipo, ya en el reino de las normas *secundarias*. Huelga decir que incurre en la misma responsabilidad el Estado de origen que acepta cumplir con una determinada prestación, como consecuencia de las negociaciones, y luego no la cumple.

<sup>62</sup> Sobre la obligación de negociar, véase el quinto informe del Relator Especial (documento A/CN.4/423 [véase nota 5 *supra*], párrs. 126 a 147).

#### B.—La reparación y el equilibrio de intereses

44. El Relator Especial había pensado que en el capítulo de la responsabilidad, en el que se determinan las obligaciones primarias del Estado de origen cuando se ha producido un daño transfronterizo, se podía introducir la noción de una reparación que no fuera la clásica de la responsabilidad por ilicitud, esto es, que no fuera una restitución total que borrara todas las consecuencias del acto que produjo aquel daño. En suma, que partiendo de dicha reparación total como una unidad de medida, deberían restárseles ciertas cantidades que correspondieran a los intereses del Estado de origen que, antes del daño, no tuvieron su contraparte en prestaciones del Estado afectado. Uno de tales intereses podría ser el de recobrar gastos que sólo se hubieran hecho en beneficio del Estado afectado, como aquellos destinados exclusivamente a evitar la producción de un daño transfronterizo<sup>63</sup>, o el interés del Estado de origen en que el Estado afectado participe en costear una actividad que a él también lo beneficia, si tal circunstancia puede demostrarse, o bien que el Estado afectado acepte una indemnización menor como formando parte de un régimen establecido de hecho por la circunstancia de que la misma actividad se desarrolla tam-

<sup>63</sup> Sin embargo, de los costos de prevención de accidentes cabría a su vez deducir aquellos que están destinados a evitar daños a la población del Estado de origen, y sólo dejar aquellos adicionales, si los hay, que se toman para evitar que el efecto traspase las fronteras, lo que complica considerablemente el cálculo.

bién bajo su jurisdicción o control, y habrá indemnizaciones en ambos sentidos. Naturalmente que si el Estado afectado no obtiene ningún beneficio de la actividad en cuestión, o si bajo su jurisdicción o control no se desarrolla la misma actividad o una similar, la situación cambiaría y habría que pensar en indemnizaciones completas.

45. El Relator Especial sigue pensando que tal sería la situación ideal, pues tendría en cuenta la justicia distributiva en los aspectos económicos de una actividad cuando sus beneficios fuesen compartidos. En apoyo de esta concepción militan ejemplos del derecho interno e internacional: la responsabilidad por accidentes del trabajo, cuando es objetiva o causal, suele limitarse a una suma tope de dinero que en la mayoría de los casos no repara el daño causado, pero que posibilita su indemnización rápida y acaso la viabilidad o la buena marcha económica de la empresa que debe pagarla. Para dar una explicación esquemática de la razón de ser de esta institución, cabe señalar que en el caso de las industrias manufactureras, por ejemplo, la justicia ideal se sacrifica también en aras de la utilidad social. En el derecho internacional, algunas convenciones autorizan la limitación de la suma a pagar como indemnización, normalmente cuando se trata de daños de magnitud muy importante. Ello se debe, también en el derecho internacional, a la utilidad social de la actividad y por consiguiente a la aceptación del precio que debe pagarse para no interrumpir el progreso tecnológico, aunque acaso la razón práctica más efectiva sea la dificultad de conseguir seguros por sumas tan elevadas como son las que están en juego en tales actividades.

46. Pero al tratar de llevar a la práctica esta idea, el Relator Especial se ha encontrado con argumentos contrarios a su adopción en el marco de una convención tan general como la que actualmente se examina, que contempla todas las actividades del artículo 1. La primera objeción es que la instancia más oportuna para tratar una solución semejante parece ser la de las negociaciones conducentes al régimen que ha de regir una actividad específica. Es allí, al negociarse las condiciones para la continuación de la actividad en el Estado de origen, cuando estas consideraciones pueden identificarse y cuantificarse mejor. Es más difícil hacerlo *a posteriori* de un daño.

47. Por lo demás, por atractiva que fuere una concepción como la que se aborda, no hay ejemplos en la práctica internacional de deducciones por rubros como los ya indicados (párr. 44 *supra*). Hay, sí, en muchos casos, una limitación en la cantidad tope que ha de pagar el explotador debida principalmente a la imposibilidad de obtener, desde el principio, los necesarios seguros. Esta cuestión de hecho se ha ido subsanando primero por el aumento de la suma tope, cuando aumentó la posibilidad de obtener mayores seguros, y luego por la creación de fondos, ya sea por los mismos explotadores o por los Estados. Un ejemplo claro es el Convenio de Bruselas de 1963 complementario del Convenio de París de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear<sup>64</sup> en el que, para cubrir en la mayor medida posible los daños causados por la actividad nuclear, se eleva el tope de la indemnización

mediante el empleo de fondos públicos. Por último, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>65</sup>, que establece una responsabilidad del Estado, sanciona una indemnización completa en el artículo XII, que dispone:

[...] reparar esos daños de manera tal que se reponga a la persona, física o moral, al Estado o a la organización internacional en cuyo nombre se presente la reclamación en la condición que habría existido de no haber ocurrido los daños.

48. Otro rasgo del proyecto de artículos que se examina y que conviene ahora recordar es el carácter eminentemente supletorio, *faute de mieux*, que lo distingue. Su primordial objeto es impulsar a los Estados a consultarse para tratar de encontrar regímenes jurídicos que contemplen la actividad específica que ha dado origen al problema y hacerles aceptar los principios que se incluyen como guía para sus negociaciones. No se pretende crear un régimen perfecto que pueda funcionar de forma permanente, sino una especie de red de seguridad, como la que usan los acróbatas, para el caso de que una actividad mencionada en el artículo 1 produzca daños sin que exista a su respecto un régimen que contemple tales eventualidades. En esas circunstancias, parece preferible crear un sistema que funcione antes que uno que garantice la perfecta justicia. Por todas estas razones, el Relator Especial ha preferido proponer algunas deducciones por los conceptos ya indicados (párr. 44) y dejar su concesión librada a la voluntad del Estado afectado, si el Estado de origen la solicita y son razonables en la especie.

### C.—Comentarios a los artículos 21 a 27 propuestos

#### 1. ARTÍCULO 21 (LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR)

49. La obligación de negociar ya ha sido tratada varias veces en el marco de los trabajos de la Comisión sobre el presente tema. No vale la pena insistir en ella, excepto para precisar algo su contenido en este contexto particular. La obligación de los Estados interesados consiste, en primer término, en sentarse a la mesa de la negociación, obligación válida para ambos Estados, no sólo para el Estado de origen. Ambos Estados también deben celebrar las negociaciones de buena fe, con miras a llegar a un resultado concreto, que es el de determinar la prestación del Estado de origen encaminada a restablecer la situación que existía antes de la producción del daño (*statu quo ante*), o bien la que con toda probabilidad habría existido si el daño no se hubiese producido (asunto de la *Fábrica de Chorzów*)<sup>66</sup>. Claro que, puesto en estos términos, no habría mucho para negociar, y es por eso que el artículo 21 emplea un lenguaje bastante vago: se habla de que deben determinarse las consecuencias jurídicas del daño y de que éste, *en principio*, debe ser compensado íntegramente. Aquí entran a jugar las consideraciones del artículo 23, para que dentro de lo razonable se admita una transacción sobre (normalmente) una suma de dinero que represente los intereses de ambas partes. Su monto, por consiguiente, estará fijado por la negociación, cuyas pautas figuran en los artículos 20 y 23.

<sup>64</sup> Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963 (véase nota 18 *supra*) complementario del Convenio de París de 29 de julio de 1960, enmendado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 (véase nota 17 *supra*) y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

<sup>65</sup> Véase nota 14 *supra*.

<sup>66</sup> *C.P.J.I., serie A, N.º 17*, fallo de 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

## 2. ARTICULO 22 (PLURALIDAD DE ESTADOS AFECTADOS)

50. Si el daño se produce en una de las situaciones contempladas en el apartado *b* del artículo 11, podrá participar una organización internacional. Si ya hubiere participado una organización internacional porque han tenido lugar las consultas previstas en el artículo 14, ella podrá también intervenir en esta instancia, a pedido de uno cualquiera de los Estados interesados. Su función será la de cooperar y facilitar la cooperación de los Estados interesados para determinar las prestaciones del Estado de origen. La organización actuará con las mismas facultades que se contemplan en el artículo 12, o sea, en general, respondiendo a los mandatos de sus instrumentos constitutivos o bien interponiendo sus buenos oficios para llegar a un consenso sobre las prestaciones debidas por el Estado de origen y, en todo caso, prestará a los Estados que se lo soliciten —que se presume serán países en desarrollo— la asistencia técnica necesaria para comprender mejor la naturaleza de los daños causados y la manera más conveniente de repararlos. Por parecer innecesario, no fue incluido un párrafo final sobre la posibilidad de convocar a reuniones conjuntas. No sería cuestionable en este caso, en que se discute un interés que puede ser bastante extenso y en que interviene una organización internacional, convocar a reuniones conjuntas, ya sea por algún Estado interesado o por la organización internacional competente.

## 3. ARTICULO 23 (REDUCCION DE LAS PRESTACIONES DEL ESTADO DE ORIGEN)

51. El artículo 23 no comprende definiciones exactas del daño ni de las prestaciones debidas por el Estado de origen: más bien da pautas para orientar la negociación. Parece razonable, como lo dice el párrafo 3 de la sección 5 del plan esquemático<sup>67</sup>, que:

3 Cuando ello sea compatible con los artículos anteriores, no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado, los gastos de una protección adecuada deben repartirse teniendo debidamente en cuenta la distribución de los beneficios de la actividad [ ]

De modo que si el Estado de origen demuestra que sus costos de prevención se incrementaron para evitar el daño transfronterizo, esto es, que la prevención de este último evento implicó una cierta proporción de los costos más allá de los necesarios para la prevención interna, podría parecer razonable que este incremento se compartiera en proporción equitativa con el afectado o los afectados. En el caso en que el Estado de origen pudiera probar, aunque no determinase exactamente las cantidades, que el Estado afectado se beneficia con la actividad en cuestión, por ejemplo, con algunos de sus aspectos generales beneficiosos, sería imposible cuantificar *a priori*, o aun *a posteriori*, las cantidades o las proporciones. Todo ello será el resultado de las negociaciones, que entonces podrán llegar o no a la formulación de una cierta cifra expresiva de alguna manera del restablecimiento del equilibrio de los intereses en juego. Esta solución vale cuando la reclamación se hace por la vía diplomática. En las demandas por la vía interna se aplicará la ley nacional, en la que este tipo de conside-

raciones raramente impera, aunque pueda haber otras, como la limitación de la responsabilidad a una suma máxima.

## 4. ARTICULO 24 (DAÑO AL MEDIO AMBIENTE Y A PERSONAS O BIENES EN SU CONSECUENCIA)

### a) Párrafo 1

52. El artículo 24 trata específicamente del daño transfronterizo causado al medio ambiente. La práctica internacional parece apuntar inequívocamente hacia la solución propuesta en el párrafo 1 del artículo. En efecto, varios instrumentos y convenciones estipulan que el daño que se causa al medio ambiente exige, como prestación del Estado de origen, la restitución de ese medio ambiente a su *statu quo ante* y, por ende, el Estado afectado, o el que hiciera los trabajos necesarios para esta restitución por cuenta de ese Estado, tiene derecho a ser reembolsado, con la sola condición de que se trate de una operación razonable, o sea, entre otras cosas, que la razón demanda que no exista una desproporción manifiesta entre el daño causado y el costo de la reposición. Si fuere imposible restaurar íntegramente las condiciones existentes en el medio ambiente antes de producirse el daño, las partes tendrán que acordar alguna prestación del Estado de origen que se estime equivalente al deterioro efectivamente sufrido. Conviene considerar el daño al medio ambiente en forma separada del que se causa a las personas o bienes de particulares, o del Estado mismo, puesto que el daño al medio ambiente es más difícil de determinar: se trata del daño a cosas que no son susceptibles de apropiación, que son comunes y no pertenecen a nadie en particular, pero que son objeto de un uso común, como el aire, el agua, el espacio. Este tipo de daño puede ser también mucho más vasto que el otro daño mencionado, y lo que resulta prioritario es tratar de restablecer las condiciones que existían con anterioridad a su producción. Una de las razones más importantes por las que se intenta modificar en el seno del OIEA el Convenio de París de 1960 y la Convención de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares<sup>68</sup> es que estos instrumentos no contemplan el daño al medio ambiente además de aquel causado a las personas o a los bienes.

### b) Párrafo 2

53. El párrafo 2, en cambio, contempla precisamente ese otro caso: la situación de daños causados a las personas (incluyendo, naturalmente, la muerte o perjuicios en la salud o integridad física de las personas) o a los bienes (*property*), de particulares, de sociedades o del Estado mismo, que se producen no ya directamente (hipótesis del artículo 21), sino como una consecuencia del daño al medio ambiente, o como una consecuencia del deterioro que se causa al uso o disfrute de zonas bajo la jurisdicción del Estado afectado. El caso típico sería el de un hotelero que, como consecuencia de un daño al medio ambiente que estropea los bosques de la montaña en que se encuentra su hotel, se perjudica por perder su clientela. Hay aquí un caso de *lucrum cessans* que no puede dejar de indemnizarse.

<sup>67</sup> Véase nota 58 *supra*

<sup>68</sup> Véanse notas 17 y 19 *supra*

c) *Párrafo 3*

54. El párrafo 3 otorga al Estado de origen la posibilidad de obtener del Estado afectado alguna reducción de sus prestaciones en virtud de las causales del artículo 23. Esto sucede cuando se acude a la vía diplomática, no así en cuanto a las demandas de particulares por la vía interna, en que, como se ha visto, se deberá aplicar la ley nacional del tribunal competente. En tales circunstancias, la indemnización puede ser algo diferente de la que habría obtenido el mismo particular si hubiera acudido, a través de su Estado, a la vía diplomática: podría haber una limitación de la responsabilidad establecida por dicha ley que afectará lo que le toca a cada uno de los actores, podría haber en general otra forma de evaluar los daños, etc. Pero ésa es una consecuencia de la variedad de sistemas nacionales, que sería ilusorio pretender unificar en una convención, por multilateral que ésta fuera. Como se verá un poco más adelante, el proyecto de artículos que se examina impone ciertos cánones a la ley nacional; por de pronto, que dé competencia a sus tribunales para conocer respecto de tales recursos interpuestos por esas personas, luego que prevea un recurso que dé pronta y satisfactoria indemnización en tales casos, y que no discrimine por razón de nacionalidad, domicilio o residencia, y otros conceptos fundamentales. Pero acaso no fuere conveniente ir más lejos en las imposiciones sobre el derecho interno, dado que podrían surgir complicaciones poco previsibles.

## 5. ARTICULO 25 (PLURALIDAD DE ESTADOS DE ORIGEN)

55. El artículo 25, que contempla el caso de que hubiere más de un Estado de origen responsable del daño transfronterizo, ofrece dos alternativas. En la variante A, la totalidad del daño puede ser reclamada a cualquiera de los Estados de origen (responsabilidad solidariamente mancomunada) y éste naturalmente puede presentar un recurso contra el otro Estado de origen para que le reintegre la parte proporcional que le hubiere correspondido según el artículo 23. Tal es la solución adoptada por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>69</sup>, y ofrece ventajas para el Estado afectado, quien podrá recobrar sus pérdidas de cualquiera de los Estados de origen. Pero tiene inconvenientes: el otro Estado de origen puede tener excepciones propias que oponer y, en general, parece más adecuada para un procedimiento judicial que para una reclamación por la vía diplomática. Por consiguiente, el Relator Especial también presenta a la Comisión la variante B, teniendo en cuenta que el artículo 21 prevé un procedimiento conjunto en el cual se pueden ventilar las posiciones procesales de cada uno de los Estados de origen.

## 6. ARTICULO 26 (EXCEPCIONES)

56. La existencia de casos excepcionales en que no surge la responsabilidad, o en que ésta no se aplica a ciertas personas en determinadas circunstancias, es común a la ma-

<sup>69</sup> Vease nota 14 *supra*

yor parte de las convenciones sobre la responsabilidad por daños causados como consecuencia de actividades específicas, ya se trate de responsabilidad civil, ya de responsabilidad del Estado, aun cuando la responsabilidad sea objetiva o «causal». Así, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>70</sup>, que establece la responsabilidad del Estado por tales daños, prevé, en el párrafo 1 del artículo VI, que:

[ ] habrá una exoneración de la responsabilidad objetiva en la medida en que un Estado de lanzamiento demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente

Esta es la única causal de exoneración de la responsabilidad contemplada por dicho Convenio.

57. Las otras convenciones agregan más causales de exoneración. Se basan en la «canalización» de la responsabilidad «causal» hacia el explotador, a quien se hace único responsable por los daños. Antes de proseguir la argumentación conviene aclarar que el Estado del explotador es responsable por las cantidades que sobrepasen la capacidad de pago del explotador o de sus seguros y, en ese caso, lo sustituye plenamente y parece ser objeto de la responsabilidad «causal» por esas cantidades tanto como el explotador mismo. La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963<sup>71</sup>, prevé, en el párrafo 2 del artículo IV, una excepción similar a la anterior referente a «negligencia grave» o «acción u omisión dolosa» de parte de la aparente víctima, pero la deja librada a la apreciación del tribunal y siempre que la legislación nacional vaya en el mismo sentido. En cambio, la misma Convención, en el párrafo 3 del artículo IV, admite sin restricciones la excepción respecto a los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a a) «conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección», o b) a una «catástrofe natural de carácter excepcional». El Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, celebrado en París en 1960<sup>72</sup>, establece en su artículo 9 una excepción para el caso de que el accidente se debiere

[ ] directamente a actos derivados de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil, de insurrección o, salvo disposición en contrario de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre situada su instalación nuclear, a cataclismos naturales de carácter excepcional

La Convención de Wellington de 1988<sup>73</sup> prevé, en el párrafo 4 del artículo 8, que:

4 El explotador no incurra en responsabilidad [ ] si prueba que el daño ha sido causado directamente, y en la medida en que hubiera sido causado directamente, por

- a) un acontecimiento que, en las circunstancias de la Antártica, constituya un desastre natural de carácter excepcional, que no hubiera podido ser razonablemente previsto, o
- b) un conflicto armado, si este ocurriera no obstante el Tratado Antártico, o un acto de terrorismo dirigido contra las actividades del explotador, en contra del cual ninguna medida razonable de precaución hubiera podido ser eficaz

Y añade en el párrafo 6 del mismo artículo que:

6 Si un explotador prueba que el daño ha sido causado total o parcialmente por un acto u omisión intencional o negligencia grave de la parte

<sup>70</sup> *Ibid*

<sup>71</sup> Vease nota 19 *supra*

<sup>72</sup> Vease nota 17 *supra*

<sup>73</sup> Vease nota 37 *supra*

que persigue la reparación, ese explotador podrá ser liberado total o parcialmente de su obligación de pagar compensación en relación al daño sufrido por esa parte

58. Varios proyectos importantes, que se examinan en diversos organismos, también consagran excepciones parecidas. Así, en el proyecto de normas sobre compensación por daños causados al medio ambiente, del Consejo de Europa<sup>74</sup>, la norma 3, que trata de la responsabilidad del explotador, prevé, en el párrafo 4, que:

- 4 El explotador no incurra en responsabilidad si prueba
- a) que el daño resulta exclusivamente de un acto de guerra, de hostilidades, de una guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible,
  - b) que el daño es causado exclusivamente por un acto hecho con la intención de causar daño por un tercero, a pesar de las medidas de seguridad apropiadas al tipo de actividad peligrosa en cuestión,
  - c) que el daño fue causado exclusivamente por un acto realizado en cumplimiento de una orden expresa o de decisiones de una autoridad pública

[ ]

59. La Convención CRTD de 1989<sup>75</sup> dispone, en el párrafo 4 del artículo 5, que:

- 4 No será imputable responsabilidad alguna al transportista si demuestra que
- a) los daños fueron el resultado de un acto de guerra, de hostilidades, de una guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o
  - b) los daños fueron provocados por entero por una acción u omisión con intención de provocar daño de un tercero,

[ ]

Y, en el párrafo 5, agrega:

5 Si el transportista demuestra que los daños han sido causados en todo o parte por una acción u omisión con la intención de provocar daños de la persona que sufrió los daños o por la negligencia de esa persona, el transportista podrá ser exonerado en todo o parte de su responsabilidad respecto de esa persona

<sup>74</sup> Vease nota 8 *supra*

<sup>75</sup> Vease nota 39 *supra*

## 7. ARTICULO 27 (PRESCRIPCION)

60. También es común fijar un plazo a partir del cual prescribe la acción de responsabilidad. Las mismas convenciones citadas como fundamento del artículo 26 pueden traerse a colación aquí. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>76</sup>, establece, en su artículo X, la prescripción de la siguiente manera:

### Artículo X

1 La reclamación de la indemnización por daños podrá ser presentada a un Estado de lanzamiento a más tardar en el plazo de un año a contar de la fecha en que se produzcan los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento que sea responsable

2 Sin embargo, si el Estado no ha tenido conocimiento de la producción de los daños o no ha podido identificar al Estado de lanzamiento, podrá presentar la reclamación en el plazo de un año a partir de la fecha en que lleguen a su conocimiento tales hechos, no obstante, en ningún caso será ese plazo superior a un año a partir de la fecha en que se podría esperar razonablemente que el Estado hubiera llegado a tener conocimiento de los hechos mediante el ejercicio de la debida diligencia

[ ]

61. El Convenio de París de 1960 y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963<sup>77</sup>, establecen, en el artículo 8 y en el artículo VI, respectivamente, un plazo de diez años a contar desde la fecha de producido el accidente nuclear que ocasionó el daño. El proyecto de normas del Consejo de Europa<sup>78</sup>, en su norma 9, fija en tres o en cinco años (no está todavía decidido) el plazo anterior, que se cuenta desde que el actor supo, o debió razonablemente haber sabido, del daño y de la identidad del explotador. En todo caso, no hay acción luego de transcurridos 30 años de la fecha del accidente. El artículo 18 de la Convención CRTD de 1989 fija un plazo de tres años desde la fecha en la que la víctima supo, o debió saber, que se había producido el daño y la identidad del porteador.

<sup>76</sup> Vease nota 14 *supra*

<sup>77</sup> Veanse notas 17 y 19 *supra*

<sup>78</sup> Vease nota 8 *supra*

## CAPÍTULO V

### Responsabilidad civil

#### A.—Consideraciones generales

62. Hasta ahora, la responsabilidad originada en los presentes artículos se ha considerado como una responsabilidad exclusiva del Estado, por razones que el Relator Especial dio oportunamente<sup>79</sup> y que, sintéticamente, son: a) Si bien los sistemas de derecho privado ofrecen a las partes diversas soluciones, no permiten garantizar una reparación rápida y eficaz a las víctimas inocentes, que después de haber sufrido un grave perjuicio se ven obligadas

a llevar a una empresa extranjera ante los tribunales de otro Estado; y b) Las posibilidades que ofrece el derecho privado no parecen suficientes para alentar a los Estados a adoptar medidas de prevención más eficaces respecto de actividades desarrolladas en su territorio capaces de producir consecuencias perjudiciales más allá de sus fronteras. Sin dejar de lado los anteriores argumentos, cabría contemplar la posibilidad de que dichos artículos hicieran más accesible esa vía interna para facilitar su elección por las víctimas si por alguna razón la prefieren a la protección de su propio Estado. Naturalmente nada impediría, en el actual estado de cosas, que un particular, víctima de

<sup>79</sup> Vease *Anuario* 1987, vol 1, pag 199, 2023<sup>a</sup> sesion, parr 25

un daño transfronterizo, tratase de acudir directamente a los tribunales del Estado de origen para obtener compensación por sus perjuicios, sin acudir a la protección de su Estado que, por otra parte, puede o no prestársela. En ciertos casos, incluso el mismo Estado afectado podría encontrar conveniente acudir a este recurso para defender sus propios intereses. Los presentes artículos, entonces, intentarían simplemente asegurar cierta mínima uniformidad en el tratamiento de esas personas privadas o del Estado afectado por los tribunales y las leyes que sean aplicables y otorgarles ciertas garantías procesales (*due process of law*) y de fondo.

## B.—Comentarios a los artículos 28 a 33 propuestos

### 1. ARTICULO 28 (LA VIA INTERNA)

63. Pueden concebirse distintos grados de reglamentación internacional de la vía jurídica interna. En un nivel mínimo, los presentes artículos podrían establecer un sistema inspirado parcialmente en el del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972<sup>80</sup>. Una primera disposición para asegurar la pacífica coexistencia de dicha vía con la internacional sería la de establecer, como lo hace el párrafo 1 del artículo XI del mencionado Convenio, que la presentación de una reclamación diplomática al Estado de origen no exigiría el previo agotamiento de los recursos legales internos de que dispone el Estado reclamante o la persona física o moral que represente. Simétricamente, habría que establecer, como en el párrafo 2 del mismo artículo, que nada en el Convenio impide que un Estado o las personas físicas o morales que éste pueda representar incoen una demanda en los tribunales u otros organismos del Estado responsable o, eventualmente, en los del propio Estado afectado, como se sugiere en el artículo 29 del proyecto que se examina. En tal caso, el Estado afectado no podrá utilizar la vía diplomática para presentar una reclamación por el mismo daño cuya compensación se persigue por la vía interna. No pasa de allí el sistema previsto en el Convenio de 1972 que se ha comentado, pero acaso la Comisión consideraría deseable reglamentar algo más, por vía de convenio internacional, el acceso a la vía interna y algunos otros de sus aspectos. La solución adoptada en el Convenio de 1972 se explica en un instrumento de su tipo, en cuya redacción primaron consideraciones estratégicas y de seguridad sobre las de otro orden, en especial sobre las económicas, en relación con una actividad que se contemplaba en ese momento como de responsabilidad exclusiva de los Estados<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Véase nota 14 *supra*

<sup>81</sup> Como se indica en un estudio publicado recientemente

«Cuando en 1966, tras el acuerdo básico entre las dos superpotencias, se adoptó el Tratado sobre el espacio ultraterrestre, el contexto político del régimen jurídico acordado para el espacio ultraterrestre determinaba un régimen estricto de responsabilidad internacional del Estado controlador, no solo respecto de las actividades realizadas por su cuenta, sino también de las actividades privadas realizadas bajo su autoridad. El establecimiento de la responsabilidad del Estado controlador corrobora su obligación de supervisar y controlar constantemente las empresas espaciales tanto oficiales como privadas. Tiene que considerarse en el marco del régimen espacial y no solo como mera cuestión técnica de

### 2. ARTICULO 29 (COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES)

#### a) Párrafo 1

64. Podría alcanzarse un nivel superior de reglamentación de la responsabilidad civil imponiendo a las partes ciertas obligaciones: para empezar, la obligación del párrafo 1 del artículo 29, en virtud de la cual deben otorgar un acceso indiscriminado a sus tribunales para las víctimas del daño transfronterizo originado en actividades bajo su jurisdicción o control. Tal resultado debería obtenerse mediante la adaptación de las legislaciones internas de las partes, de forma que sus tribunales tuvieran la competencia necesaria para conocer las demandas originadas en personas físicas o morales que habiten o residan en otro país. Esta solución es aconsejada en el Código de conducta sobre la contaminación accidental de aguas internas transfronterizas, de la CEPE<sup>82</sup>, que dispone, en el párrafo 3 del artículo VII:

3 Los países deben velar, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos y, cuando proceda, sobre la base de acuerdos mutuos, por otorgar a las personas físicas y jurídicas de otros países que resulten o puedan resultar perjudicadas por la contaminación accidental de las aguas internas transfronterizas un acceso equivalente y las mismas garantías procesales administrativas y judiciales, así como los mismos medios de defensa, que otorgan a las personas sujetas a su propia jurisdicción que resulten o puedan resultar análogamente perjudicadas

También se consagra una disposición similar en el párrafo 3 del artículo 19 de la Convención CRTD de 1989<sup>83</sup>.

#### b) Párrafo 2

65. El párrafo 2 del artículo 29 marca un grado mayor de reglamentación, porque, aun teniendo acceso al tribunal del Estado de origen, las víctimas del daño transfronterizo todavía quedarían enteramente libradas a la solución del derecho nacional del tribunal competente en todo cuanto no hubiese sido reglado en los presentes artículos. El derecho interno puede que no otorgue recurso alguno a los propios nacionales del país en caso de daños semejantes, u otorgar recursos que podrían estar por debajo de la «pronta y adecuada indemnización» a que alude el párrafo 2. Según el Relator Especial, esto no quiere decir que la responsabilidad del agente deba necesariamente ser «causal» u objetiva (*strict liability*) —aunque muchas convenciones internacionales y legislaciones internas consagren ese tipo de responsabilidad para el explotador en casos de actividades como las mencionadas en el artículo 1— y, además, la fórmula es lo suficientemente flexible como para permitir la aplicación de una ley interna que razonablemente dé satisfacción al actor. Si en la legislación aplicable no existe la responsabilidad sin culpa, el agente tendrá que acreditar los extremos que exija la ley local para que se haga lugar a su demanda. Un antecedente de esta solución puede encontrarse en el párrafo 2 del artículo

como resolver la cuestión del riesgo económico que entrañan las actividades espaciales» (G. Doeker y T. Gehring, «Private or international liability for transnational environmental damage. The precedent of conventional liability regimes», *Journal of Environmental Law*, Oxford, vol. 2, N.º 1, 1990, pag. 13)

<sup>82</sup> Véase nota 36 *supra*

<sup>83</sup> Véase nota 39 *supra*

lo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982<sup>84</sup>:

2 Los Estados aseguraran que sus sistemas juridicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnizacion u otra reparacion de los daños causados por la contaminacion del medio marino por personas naturales o juridicas bajo su jurisdiccion

### c) Párrafo 3

66. El párrafo 3 del artículo 29, si fuera aceptable, otorgaría una importante facultad a las víctimas del daño transfronterizo, al permitirles elegir entre el tribunal competente del Estado de origen y el del Estado afectado. Se ha dicho que el tribunal del Estado de origen es más adecuado en cuanto es allí donde se originó la cadena causal que produjo a su fin el daño y es allí, por ende, donde pueden encontrarse las pruebas con mayor facilidad. Eso es cierto, pero hay que recordar que una de las objeciones contra la vía interna era que la víctima debía ir a litigar a un país extraño, con todos los inconvenientes que ello le traería: desconocimiento del derecho de fondo y del procedimiento, gastos de traslado, eventualmente la diferencia de idioma, etc. De forma entonces que, con arreglo al párrafo 3, si el litigante así lo prefiere, podría incoar la demanda en su propio tribunal. Las pruebas podrá diligenciarlas por exhorto al juez del lugar donde se originó el incidente causante del daño, pero lo importante es que pueda litigar en su propio país. Una solución semejante está consagrada en el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 1968<sup>85</sup>, y en la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre de 1986<sup>86</sup>. Asimismo, la Convención CRTD de 1989<sup>87</sup> establece, en el párrafo 1 del artículo 19, la competencia de los tribunales de los Estados contratantes:

- a) donde el daño fue sufrido, o
- b) donde ocurrió el incidente, o
- c) donde se tomaron las medidas para prevenir o minimizar el daño, o
- d) donde el porteador tiene su residencia habitual

Si el Estado afectado quisiera intentar la vía de los tribunales para perseguir una reclamación por sus propios intereses (por ejemplo, por daños a su medio ambiente), tendría que hacerlo en los tribunales del Estado de origen y no en sus propios tribunales, para aventar toda sospecha de parcialidad y porque el Estado tiene medios para litigar de los que carecen los particulares. En todo caso, se trata

<sup>84</sup> *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, vol XVII (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta S 84 V 3), pag 155, documento A/CONF 62/122

<sup>85</sup> D Lopez Garrido y A J Martinez Higuera, *Codigo de la CEE Tratados y textos basicos Repertorio de la legislacion y jurisprudencia*, Madrid, Closas-Orcoyen, 1988, pags 283 y ss

<sup>86</sup> *Handelswekerij G J Bier BV c Mines de potasse d Alsace S A (affaire 21-76)* [Cour de justice des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 1976-8, Luxembourg, pag 1735]

<sup>87</sup> Vease nota 39 *supra*

de una disposición avanzada y que podría no ser aceptable en un proyecto de carácter global como el que aquí se examina.

### 3. ARTICULO 30 (APLICACION DE LA LEY NACIONAL)

67. El artículo 30 consagra la aplicación de la ley nacional en todo cuanto no sea especialmente reglado por los presentes artículos. Tanto la ley nacional como estos artículos deberán ser aplicados de forma de cumplir con el principio de no discriminación enunciado en el artículo 10 del proyecto. El artículo 30 encuentra fundamento en los artículos 13 y 14 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, celebrado en París en 1960<sup>88</sup>.

### 4. ARTICULO 31 (INMUNIDADES DE JURISDICCION)

68. El artículo 31, que impide a un Estado demandado en virtud de los presentes artículos invocar la inmunidad de jurisdicción, excepto en lo relativo a las medidas de ejecución, encuentra un antecedente en el apartado e del artículo 13 del Convenio de París de 1960<sup>89</sup> y el artículo XIV de la Convención de Viena de 1963<sup>90</sup>, y parece necesario para el funcionamiento del sistema previsto en los presentes artículos.

### 5. ARTICULO 32 (EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA)

69. El artículo 32 trata de la ejecutoriedad de la sentencia y se inspira en el apartado d del artículo 13 del Convenio de París de 1960<sup>91</sup> y en el artículo XII de la Convención de Viena de 1963<sup>92</sup>, así como en el artículo 20 de la Convención CRTD de 1989<sup>93</sup>. En una eventual convención marco de alcance global, como la que se examina, hay que prever la diferencia de concepciones del orden público en los diferentes países, así como las otras posibilidades enumeradas en el artículo.

### 6. ARTICULO 33 (TRANSFERENCIAS)

70. El artículo 33 se explica por sí solo y tiende a facilitar el funcionamiento de las disposiciones anteriores entre todos los Estados partes en la futura convención.

<sup>88</sup> Vease nota 17 *supra*

<sup>89</sup> *Ibid*

<sup>90</sup> Vease nota 19 *supra*

<sup>91</sup> Vease nota 17 *supra*

<sup>92</sup> Vease nota 19 *supra*

<sup>93</sup> Vease nota 39 *supra*

## CAPÍTULO VI

La responsabilidad por daño en el medio ambiente más allá de las jurisdicciones nacionales (*global commons*)

## A.—Consideraciones preliminares

71. En el último período de sesiones, el Relator Especial se comprometió a estudiar la posibilidad de extender el presente tema a los daños causados en los así llamados *global commons*, expresión que sería traducible al castellano jurídico como «espacios públicos internacionales», por analogía con ámbitos de uso común del «dominio público» del Estado en el derecho interno, como podría ser una plaza pública, por ejemplo<sup>94</sup>. Es menester aclarar lo que se quiere decir con esto de «extender el tema» para cubrir el daño en aquellos espacios, pues no se trata de elaborar todo un derecho del medio ambiente a través del instituto jurídico de la responsabilidad, sino de aplicar la responsabilidad en todos aquellos terrenos en que debe ser aplicada. En relación con el proyecto de artículos que se examina, el Relator Especial se propone considerar tres cuestiones importantes para saber si el proyecto es extensible a los espacios públicos internacionales. Estas cuestiones son: a) el concepto de daño; b) el concepto de Estado afectado; y c) la aplicabilidad de la responsabilidad por ilicitud o de la responsabilidad «causal».

72. A juicio del Relator Especial, hay una pregunta preliminar que es capital para su investigación, y ella consiste en saber si, de acuerdo con el derecho internacional general existente, cualquier Estado o persona privada puede causar daños en los espacios públicos, o zonas más allá de las jurisdicciones nacionales, sin que a ese daño siga consecuencia alguna para el Estado o el particular que lo causa. Si la respuesta fuere afirmativa, cabría plantearse una segunda pregunta: ¿es concebible que tal situación pueda continuar en las condiciones actuales de la vida comunitaria internacional? Hay que recordar que el desarrollo progresivo del derecho internacional es una de las funciones asignadas a la CDI.

## B.—El daño

73. Para contestar a la pregunta preliminar, una primera distinción que hay que tener en cuenta es si el daño afecta a personas o bienes en las zonas allende las jurisdicciones nacionales (o a través de ese daño se causan perjuicios a los Estados en los términos de los apartados *g* y *h* del artículo 2 del proyecto de artículos que se examina) o bien si causa perjuicio única y exclusivamente al medio ambiente. En un estudio preparado por la Secretaría, a pedido del Relator Especial<sup>95</sup>, no se encuentra dificultad

conceptual en cuanto a la primera categoría de casos y se estima que ella queda cubierta por el artículo 1 del presente proyecto. El Relator Especial está de acuerdo en que la primera hipótesis no debiera ofrecer dificultades teóricas, ni acaso tampoco prácticas, en cuanto al Estado afectado, porque habría un Estado afectado dondequiera que sus nacionales, sus bienes o los bienes de sus nacionales resultaren perjudicados. En cuanto al Estado de origen, habrá ocasiones en que su identificación será fácil (por ejemplo, cuando se trate de un accidente) y otras en que tal vez no será tan sencilla. En todo caso, se trataría de una cuestión de prueba que no alteraría el principio.

74. El segundo caso, o sea el daño causado sólo al medio ambiente en los espacios públicos internacionales (*global commons*), presenta dificultades muy reales. Ellas serían, en principio, las siguientes: a) el daño al medio ambiente *per se* es un elemento nuevo; b) el umbral del daño en los espacios públicos internacionales no puede ser fácilmente medido, en términos de sus efectos sobre personas o propiedades, en forma suficientemente precisa como para establecer un régimen de responsabilidad; y c) tampoco puede establecerse con precisión si un daño identificable en los espacios públicos internacionales provocaría un daño identificable para los seres humanos. Sólo podría establecerse una correlación general entre la calidad del medio ambiente de aquellas zonas y el bienestar de los seres humanos y la calidad de su vida<sup>96</sup>. Pero, cualesquiera que sean esas dificultades, subsiste la primera y fundamental pregunta planteada en el párrafo 72, que debe ser contestada ya: ¿hay consecuencias jurídicas que sigan al daño causado al medio ambiente (propiamente dicho) en las zonas más allá de las jurisdicciones nacionales? Por cierto que casi no hay antecedentes de responsabilidad por tales daños, excepto acaso la reciente Convención de Wellington de 1988<sup>97</sup>. Inclusive principios como el tan socorrido del *sic utere tuo* no encuentran aplicación en cuanto a daños causados al medio ambiente pero que no tengan un efecto apreciable [significativo] en los Estados o en sus bienes, o en sus nacionales o en los bienes de éstos<sup>98</sup>. Naturalmente, esto se debe a que el problema es reciente: hasta hace poco tiempo, los efectos de las actividades contaminantes del medio ambiente más allá de las jurisdicciones nacionales se diluían en un ámbito aparentemente infinito, cuya saturación (y consiguiente degradación) no estaba dentro del horizonte previsible. ¿Cómo pensar en responsabilidades por las actividades humanas causantes de esos efectos nocivos? Una respuesta preliminar a la primera de las dos preguntas hechas al principio es que hasta

<sup>94</sup> Ya sean los *global commons* considerados como *res communis* a todos los Estados o como pertenecientes al dominio eminente de la comunidad internacional en su conjunto, o sea como distinta de la suma de sus miembros —para lo cual deberíamos personificarla—, no habría aparentemente mayores diferencias en la práctica. En ambos casos los Estados tendrían el *uso comun* consagrado por la práctica hasta nuestros días.

<sup>95</sup> «The doctrine of liability and harm to the "global commons"», por la Sra. M. Arsanjani, enero de 1990 (mimeografiado).

<sup>96</sup> *Ibid.*, págs. 16 y 17.

<sup>97</sup> Véase nota 37 *supra*.

<sup>98</sup> Los fallos que han guiado el razonamiento del Relator Especial en lo relativo al daño transfronterizo, como el del *Estrecho de Corfu* y el de la *Fundación de Trail*, se refieren a daños causados, directa o indirectamente, a Estados determinados, no a un bien que tenga las características de los espacios públicos internacionales.

ahora el derecho internacional general no parece asignar consecuencia jurídica alguna al daño al medio ambiente mientras no alcance a afectar a los Estados o a sus nacionales.

75. Sin embargo, ahora se ha llegado al momento en que la acumulación de efectos, por un lado, o de accidentes muy vastos, por el otro, están produciendo un daño al medio ambiente que repercute apreciablemente [significativamente] sobre los Estados, sus nacionales y sus bienes. No debiera en este caso haber dudas sobre la responsabilidad consiguiente, o sobre la necesidad de establecerla para un futuro, siempre que sea materialmente posible hacerlo, dado que se estaría, en realidad, en la hipótesis prevista en el párrafo 73, o sea, el caso de un daño al medio ambiente que repercute sobre personas o bienes. Pero la pregunta planteada aquí se refiere a los casos de daño que no tienen todavía consecuencias sobre los seres humanos. Antes de llegar a esa etapa, hay un daño que todavía no es *significativo* para los seres humanos, aunque sí pueda serlo para el medio ambiente. Para que el daño causado en los espacios públicos internacionales alcance el nivel de afectar a los Estados, directamente o en las personas o bienes de sus nacionales, la acumulación de los efectos nocivos debe ser generalmente enorme: los espacios en tales zonas son muy grandes, normalmente nadie o pocos viven allí y hay relativamente escasos bienes de personas o de Estados ubicados en ellos. Por lo demás, los efectos no suelen concentrarse localmente, sino que, llevados por corrientes de agua o de aire, se despararraman y se pierden en la inmensidad de los mares o de la atmósfera. Es un daño intangible en el presente, pero potencialmente amenazador, no ya exclusivamente para el medio ambiente sino para la humanidad misma. Como ejemplo se pueden citar las emisiones de ciertos gases, provenientes de actividades humanas, que penetran en la atmósfera y que producirían el famoso «efecto de invernadero». Es difícil saber con certeza si hasta ahora se ha producido un daño en la atmósfera que sea *significativo* para el hombre, ya que el calentamiento global de la Tierra que se ha registrado en los últimos años puede deberse a otra causa de variación climática y ser simplemente temporal, o porque tal vez no puedan medirse los daños que este calentamiento ha producido hasta ahora, si los ha producido. Pero la sospecha es grave y fundamentada: si se confirma, el daño puede ser enorme e irreversible para los habitantes del planeta. Es un daño distinto del que generalmente trata el derecho: un daño en potencia, invisible en el presente, pero que se advierte como una amenaza cierta<sup>99</sup>. Situaciones algo similares no son, sin embargo, desconocidas para el derecho interno, donde la acumulación de pequeños daños insignificantes, si son considerados individualmente, alcanzan proporciones catastróficas cuando se suman. Piénsese en las épocas de veda de la caza, o en las cuotas que se fijan para evitar la extinción de las especies, etc.<sup>100</sup>. Lo interesante es que estas prohibiciones tienen en el derecho interno sobre todo un carácter penal o correccional; la san-

ción no guarda necesariamente proporción con el daño causado y la eventual compensación tiene sólo un carácter accesorio.

### C.—El daño y la responsabilidad

76. La presumible, o previsible, inevitabilidad del daño causado a la humanidad hace que ahora sea necesario pensar en reglamentar de alguna forma las actividades mencionadas en el artículo 1 *antes* de que se cumpla su amenaza de degradación del medio ambiente y esta degradación se convierta en daño apreciable o significativo para las personas. Las reglas jurídicas que gobiernen esas actividades forzosamente deberán o bien imponer a los Estados que causen daños la obligación de otorgar alguna garantía o prestación que los cubra, o bien alguna obligación cuyo incumplimiento acarree ciertas consecuencias<sup>101</sup>. O sea, deberá imponerse cierta responsabilidad a los Estados. No hace falta extenderse más en este sentido, porque parece una verdad evidente lo que acaba de decirse, y resulta inconcebible que se pueda continuar atacando irresponsable y sistemáticamente al medio ambiente de los espacios públicos internacionales. La respuesta a la segunda pregunta sería entonces que, si actualmente no hay forma alguna de responsabilidad en el derecho internacional para este tipo de daños causados en el medio ambiente más allá de las jurisdicciones nacionales, sin la menor duda debería existir esa responsabilidad. Si esto es así, ¿cuál sería el régimen de responsabilidad más adecuado? Antes de examinar este importante punto, cabe observar que el estudio de la Secretaría ya mencionado sugiere que la tendencia en la práctica internacional se inclinara a aplicar la responsabilidad por ilicitud a las actividades de efectos nocivos, esto es, a aquellas que producen daños por su operación normal, y la responsabilidad «causal» a las actividades de riesgo, que causan daños por accidentes<sup>102</sup>. En ambos casos, sin embargo, hay ciertas di-

<sup>101</sup> Para atenerse a las dos formas de responsabilidad conocidas en el primer caso la responsabilidad «causal» y, en el otro, la responsabilidad por ilicitud

<sup>102</sup> En la última parte del estudio de la Secretaría (vease nota 95 *supra*) se declara a propósito de la cuestión de que régimen legal podria aplicarse respecto del dano en los espacios publicos internacionales

«[ ] parecia haber tendencia a determinar las actividades o elementos concretos que causaban daño a los espacios publicos internacionales y hacerlos objeto de un regimen juridico que limitase su realizacion o prohibiese su utilizacion. Habida cuenta de todas las deficiencias en el regimen juridico vigente, siguen formulandose gran numero de medidas regulatorias e instrumentos juridicos que imponen a los Estados la obligacion de no causar danos en los espacios publicos internacionales [ ]

»Como cuestion de politica, cuando se trata de una actividad que *continua y reiteradamente* cause daño a espacios publicos internacionales, es preferible modificarla o prohibirla por completo. La tendencia es favorable a esta politica y parece haber en la comunidad internacional preferencia unanime en el sentido de reducir las actividades que hayan demostrado que causan daño continuo, reiterado y apreciable al medio mundial. La tendencia no es favorable a una politica que permita que la actividad continúe y prevea una indemnizacion por el daño causado [ ] Esta tendencia indica que se prefiere hacer frente a las actividades que causan daño a los espacios publicos internacionales en forma continua y reiterada dentro del marco de la responsabilidad del Estado por el acto ilícito » (Pag 48 )

Esto se aplicara, entonces, a las denominadas «actividades de efectos nocivos» En cuanto a las actividades de riesgo, el estudio indica lo siguiente

<sup>99</sup> Es distinto tambien del daño potencial causado por una actividad de riesgo, que es contingente porque puede ocurrir o no, mientras que aqui el daño se producira fatalmente si las actividades continuan sin ser reguladas

<sup>100</sup> Es tambien el objetivo de algunas convenciones internacionales que intentan proteger recursos comunes, por ejemplo, ciertas especies animales

facultades para utilizar el repertorio de conceptos jurídicos disponibles para establecer cualquiera de esas formas de responsabilidad en los espacios públicos internacionales.

77. Una de esas dificultades tiene que ver con el hecho, ya comentado, de que no es posible determinar con precisión si un daño identificable causado al medio ambiente más allá de las jurisdicciones nacionales resulta finalmente en un daño identificable causado a los seres humanos. Por tanto, si es casi imposible medir el daño en relación con las personas o los bienes, es igualmente difícil apreciar la compensación o la prestación que debe el Estado de origen por haber causado ese daño, si es que el Estado de origen puede de algún modo ser identificado (se piensa aquí en la degradación producida por los clorofluorocarbonos, el dióxido de carbono, el metano y otras sustancias, algunas de las cuales surgen abundantes de millones de fábricas, usinas eléctricas, casas particulares, automóviles, etc.). Si no es posible evaluar el daño, si no hay Estado afectado identificable y si, no obstante ello, debe haber responsabilidad en la medida en que se pueda rastrear el origen del daño, como fue la respuesta a la primera pregunta, parece necesario reflexionar nuevamente sobre ciertos conceptos jurídicos básicos de la responsabilidad.

#### D.—El daño y la responsabilidad por ilicitud

78. Sabido es que la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>103</sup> ubica la causa de la responsabilidad en la violación de una obligación internacional y no en el daño. En todo caso, se considera que no hay necesidad de un daño además del que se produce por la mera violación del derecho subjetivo del titular de dicha obligación<sup>104</sup>. Las convenciones sobre la protección del medio ambiente resuelven el problema, o bien con prohibiciones generales de dañar dicho medio (las que resultan muy difíciles de hacer cumplir por las razones ya indicadas) o bien erigiendo prohibiciones de emitir ciertos ele-

mentos, o de emitirlos por encima de ciertos niveles<sup>105</sup>. En todo caso, ésta es una manera posible de reglamentar ciertas actividades para proteger, ya sea la atmósfera, ya sea el clima, ya sea el medio marino, de ciertos ataques, con la que el Relator Especial está completamente de acuerdo. Pero, dadas las dificultades existentes para medir el daño y la consiguiente compensación, ¿cuál sería el sentido de la responsabilidad por ilicitud? Según la primera parte del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos ilícitos, la comisión de un acto ilícito da nacimiento a una dualidad de relaciones jurídicas: el derecho subjetivo del Estado lesionado de exigir del autor de aquel hecho una reparación (en el sentido amplio del término), o la facultad de ese mismo Estado de infligir una sanción al sujeto que tuvo el comportamiento ilícito<sup>106</sup>. Dado lo que se ha visto en cuanto a la imposibilidad de reparar ciertas categorías de daño causado al medio ambiente, sólo queda para ellas el signo de la sanción. En cambio, cuando el daño pueda identificarse y de alguna forma cuantificarse, la reparación es posible y puede tener varias formas; una de las más prácticas es la restauración del *statu quo ante*, como se prevé en el párrafo 1 del artículo 24 del proyecto que se examina (véase párr. 52 *supra*).

#### E.—El Estado afectado

79. Por definición, no habría un Estado directamente lesionado en su territorio, en sus bienes, en sus nacionales o en los bienes de estos últimos. Pero, si la convención que eventualmente fuese concertada respecto de este tema lo estipulara expresamente, un daño que se cause al medio ambiente afectaría un interés colectivo expresado en un tratado multilateral, en los términos del apartado f del párrafo 2 del artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>107</sup>.

(Continuación de la nota 102.)

«Dejando de lado el cuerpo fundamental del régimen relativo a las actividades que causen daño al medio mundial dentro del marco de la responsabilidad del Estado, existe un aspecto más estrecho y limitado de este tema que tal vez procediera tratar en el contexto de la responsabilidad internacional. Se trata del daño *accidental* causado al medio mundial. Los accidentes de esta índole incluyen, por ejemplo, el naufragio en alta mar de un buque tanque que transporte petróleo u otros tipos de desechos, etc.» (Pag. 49.)

<sup>103</sup> Véase *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), págs. 29 y ss.

<sup>104</sup> En su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Ago señala que

«La mayoría de los miembros de la Comisión estuvo de acuerdo con el Relator Especial en las consideraciones precedentes y reconoció, especialmente, que el elemento económico del daño, al que algunos autores se referían, no era inherente a la definición de un hecho internacionalmente ilícito en tanto que fuente de responsabilidad, aunque podría formar parte de la regla que impone a los Estados la obligación de no causar a los extranjeros determinados daños. Por otra parte, en lo que concierne a la determinación de las condiciones indispensables para la existencia de un hecho ilícito internacional, la Comisión reconoció también que un perjuicio (*"injury"*), ya fuera material o moral, era necesariamente inherente a toda lesión de un derecho subjetivo internacional de un Estado. La noción de incumplimiento de una obligación jurídica internacional para con otro Estado le pareció, pues, suficiente a la Comisión para cubrir este aspecto, sin que fuera necesario agregar un elemento más [...]» [*Anuario 1971*, vol II (primera parte), págs. 238 y 239, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 74.]

<sup>105</sup> El estudio de la Secretaría (véase nota 95 *supra*) se refiere a este respecto a una serie de convenciones, como la Convención internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, de 1954 (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 327, pag. 3), el Acuerdo relativo a la Comisión internacional para la protección del Rin contra la contaminación, de 1963 (*ibid.* vol. 994, pag. 3), el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, de 1963 (*ibid.* vol. 480, pag. 43), el Acuerdo para la cooperación en la lucha contra la contaminación del Mar del Norte por hidrocarburos, de 1969 (*ibid.* vol. 704, pag. 3), el Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, de 1972 (*ibid.* vol. 932, pag. 3); el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972 (*ibid.* vol. 1046, pag. 122), el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 1973 (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1973* [N.º de venta S 75 V 1], pag. 88), el Convenio sobre la protección del medio ambiente, celebrado por Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia en 1974 (véase nota 46 *supra*), el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del Mar Báltico, de 1974 (PNUMA, *Recueil des traites multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pag. 416), el Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, de 1976 (que se ha de publicar en Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, N.º 16908), la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979 (*ibid.*, N.º 21623), el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985 (PNUMA, Nairobi, 1985), y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (véase nota 84 *supra*).

<sup>106</sup> Véase el tercer informe del Sr. Ago sobre la responsabilidad de los Estados, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3 (nota 104 *supra*), párr. 36.

<sup>107</sup> *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), págs. 26 y 27.

2 En particular, se entiende por «Estado lesionado»

[ ]

f) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral, si consta que el derecho ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes

A este respecto, en el comentario al artículo 5 se dice:

23) El apartado f del párrafo 2 trata de otra situación. Aun cuando de hecho pueda no aplicarse el inciso ii) del apartado e del párrafo 2 [que intenta ubicar al Estado lesionado en el contexto de un tratado multilateral o de una violación de una norma del derecho consuetudinario], los Estados partes en un tratado multilateral pueden convenir en considerar el incumplimiento de una obligación impuesta por ese tratado como lesión de un interés colectivo de todos los Estados partes en ese tratado multilateral. En realidad, y a título de ejemplo, el concepto de «patrimonio común de la humanidad», recientemente aceptado con respecto a los recursos minerales de los fondos marinos y del subsuelo más allá de la jurisdicción nacional, expresa ese interés colectivo.\*

24) Evidentemente, en la presente etapa de desarrollo de la comunidad internacional en su conjunto el reconocimiento o establecimiento de un interés colectivo de los Estados sigue todavía limitado en cuanto a su aplicación. En consecuencia, el apartado f del párrafo 2 se limita a los tratados multilaterales y a las estipulaciones expresas de esos tratados<sup>108</sup>

## F.—La responsabilidad aplicable

80. Como se indicó arriba, muchas veces el daño causado al medio ambiente de los espacios públicos internacionales no puede ser medido ni apreciado, en cuyo caso la consecuencia de la violación de una obligación tiene un carácter eminentemente punitivo. Eso se aplica tanto a la violación de los niveles máximos permitidos de introducción de ciertas sustancias en el medio ambiente como a las prohibiciones generales, que han sido las dos técnicas empleadas hasta ahora para protegerlo<sup>109</sup>. Son explicables, entonces, las dificultades que se encontraron en ciertas convenciones para concretar un capítulo sobre la responsabilidad, que ha quedado pendiente en todos los casos<sup>110</sup>: los Estados rehúsan normalmente ese signo para sus conductas. Cabe prever que las mismas dificultades se presentarán en el futuro.

81. Se ha visto en debates anteriores que la responsabilidad «causal» puede ser de aplicación más práctica que la responsabilidad por ilicitud para reglamentar una cierta actividad, por resultar paradójicamente menos severa y no calificar la conducta que la origina. Se sabe también que el proyecto que se examina, aunque inspirado en la lógica de la responsabilidad «causal», no la aplica estrictamente, puesto que, establecida la causalidad entre el acto en el Estado de origen y el daño en el afectado, sólo se prevé la obligación para el primero de *negociar* una prestación a su cargo con el Estado afectado que sirva para reparar el daño. El proyecto contempla, además, ciertas causales de excepción (art. 26). Cabe, por consiguiente, preguntarse si sería

posible someter a las actividades que causan —o crean un riesgo apreciable [significativo] de causar— un daño al medio ambiente en los espacios públicos internacionales al régimen del presente proyecto de artículos.

82. Por de pronto, no parece aplicable la prohibición de utilizar una lista de sustancias por encima de un cierto nivel, porque en tal caso no habría nada que negociar y estaríamos en la responsabilidad por ilicitud. Descartado ese método, la única posibilidad de aplicar la lógica del proyecto a estas actividades de efectos nocivos es transformar los niveles de prohibición en umbrales a partir de los cuales entrarán a jugar los mecanismos del proyecto. No se prohibiría un nivel superior al fijado, pero si se comprueba que algún Estado lo ha sobrepasado, cualquier Estado afectado puede pedir consultas con el supuesto o los supuestos Estados de origen, eventualmente con la participación de una organización internacional. Estas consultas no serían para acordar un régimen aplicable a la actividad en cuestión, puesto que ya existiría uno<sup>111</sup>, sino para buscar los medios de hacerlo cumplir, sea a través de la cooperación o de alguna otra forma de presión colectiva, como la publicidad del pedido de consultas u otro método que no alcanzara a constituirse en una sanción. En todo caso, si el daño producido puede individualizarse y el medio ambiente en cuestión ser restaurado a su *statu quo ante*, ello sí originaría una responsabilidad de tipo causal del Estado o los Estados de origen, que podría caber en el capítulo V del proyecto, dedicado a la responsabilidad propiamente dicha.

83. ¿Y el Estado afectado? Por definición no lo hay, porque si hubiera un Estado afectado en los términos del apartado j del artículo 2 estaría cubierto por las disposiciones del presente proyecto. Habría que definir de diferente manera al Estado afectado, acaso inspirándose en el apartado f del párrafo 2 del artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (véase párr. 79 *supra*), aunque no siguiéndolo a la letra, sino diciendo que también es Estado afectado todo aquel Estado parte en la convención cuando el daño transfronterizo afecta a un interés colectivo de los Estados partes expresamente protegido, como es el medio ambiente de los «espacios públicos internacionales».

84. Una redefinición del «daño» sería tal vez necesaria para que funcionase el anterior razonamiento, ya que si bien puede concebirse el nacimiento de la responsabilidad por ilicitud sin la ocurrencia de un daño material, como en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, es más difícil hacerlo en el terreno de la responsabilidad causal, que es eminentemente una responsabilidad por resultado. El problema parece residir en que el interés colectivo sufre un daño, pero ese efecto aún no se percibe en las personas. De alguna forma hay que distinguirlo, entonces, del daño tangible y visible que es propio de la responsabilidad en general. Debería existir un inciso dedicado al daño causado al medio ambiente de los espacios públicos interna-

<sup>108</sup> *Ibid*, pag. 29

<sup>109</sup> Tras mencionar una serie de convenciones que apuntan a prevenir tipos específicos de daños causados al medio ambiente mundial, el estudio de la Secretaría (véase nota 95 *supra*) dice que «estas convenciones especifican el tipo de contaminante que no debe introducirse en los espacios públicos internacionales o prohíben en general que se cause daño al medio ambiente con cualquier tipo de contaminante» (pag. 17)

<sup>110</sup> La Convención de Wellington de 1988 (véase nota 37 *supra*), aunque establece la responsabilidad causal del operador y subsidiariamente la del Estado para ciertos casos en que quede una cantidad sin cubrir, promete un protocolo sobre la responsabilidad (art. 8, párr. 7)

<sup>111</sup> Ello supone que existiría, en el marco de una responsabilidad causal del tipo previsto en el proyecto que se examina, una convención o un protocolo específico que estableciera los niveles hasta los que podrían utilizarse ciertos elementos en las actividades específicas. Si hay ciertas sustancias que no pueden utilizarse en absoluto, el nivel sería cero y, a partir de él, surgiría la obligación de consulta o eventualmente de negociación.

cionales, en que se describieran estas características<sup>112</sup> y se definiese cuál es el interés colectivo afectado, de tal manera que el daño se configuraría por la mera introducción al medio ambiente de tales espacios de cantidades superiores a las estipuladas. Sería un concepto algo diferente, algo así como el «daño-amenaza». El Relator Especial estima que el daño al medio ambiente tiene que ser referido de alguna manera a las personas y a los Estados afectados, porque en definitiva —como todo daño— interesa al derecho en la medida en que afecta a las personas (incluyendo sus bienes). No hay otro daño, ni por ende otra medida del daño, que aquel que se causa a seres humanos, en su persona o en sus bienes<sup>113</sup>, ya sea directamente o en forma indirecta en los bienes de sus Estados. Tal sucede claramente cuando se afecta al medio ambiente de un Estado, porque el Estado no es sino la personificación de una sociedad humana. Si lo afectado es el medio ambiente en los espacios públicos internacionales, a través de ese interés colectivo se llega a los Estados y a través de éstos a las personas físicas que forman su población.

85. En lo relativo a las actividades «de riesgo», cabe decir más o menos lo mismo que en el caso anterior, sólo

<sup>112</sup> Esto es, que se lo diferencie del daño causado a personas o bienes, o aun al medio ambiente de un país determinado, para configurarlo de la manera arriba indicada

<sup>113</sup> En tal sentido, el fallo en el asunto del *Lago Lanos* parece expresar una verdad profunda cuando dice que «La unidad de una cuenca es reconocida en el plano jurídico solo en la medida en que corresponde a las realidades humanas» (Naciones Unidas, *Recueil* [vease nota 60 *supra*], pag 304, parr 8) En el estudio de la Secretaria sobre la practica de los Estados relativa al presente tema, el correspondiente pasaje del fallo se interpreta así «Para determinar lo que constituye daño se han tenido en cuenta diversas variables. Al parecer, lo mas importante es que debe haber una cierta *privacion de valor para el ser humano*» (*Anuario* 1985, vol II [primera parte/Add 1], pag 39, documento A/CN 4/384, parr 156)

que la lógica de la responsabilidad por riesgo se aplica aquí en forma natural, ya que la responsabilidad por ilicitud no puede ser aplicada a los accidentes sin caer en defectos que, en el derecho interno, impulsaron precisamente a adoptar la solución de la responsabilidad «causal».

86. Para ambos tipos de actividades, los principios en cuanto al daño causado en los «espacios públicos internacionales» serían los mismos, *mutatis mutandis*, que los del capítulo II del presente proyecto de artículos. Cabría, sí, una consideración muy importante al aplicar los principios a los países en desarrollo y contemplar su especial situación. En el proceso que condujo a la saturación del medio atmosférico, por ejemplo, los países desarrollados han jugado un papel protagónico y los países en desarrollo uno muchísimo menor. Es más, muchos países en desarrollo serían víctimas enteramente inocentes de las eventuales consecuencias del recalentamiento del planeta y de los cambios climáticos y no han contribuido prácticamente en nada a producir ese efecto. Será necesario, entonces, que las restricciones se ejerzan principalmente sobre los países desarrollados, grandes responsables de la contaminación del medio ambiente de los espacios públicos internacionales, y que, en aquellos casos en que las limitaciones a la producción o las prohibiciones respecto a ciertos elementos deban forzosamente afectar a los países en desarrollo, éstos deberán tener derecho a recibir asistencia técnica y ciertas otras compensaciones, salvando siempre su soberanía en general y acaso aquella sobre sus recursos naturales en particular.

87. Desde luego, lo anterior es un análisis preliminar de los puntos más importantes para estudiar la posibilidad de extender el tópico a los espacios públicos internacionales. Habría muchas otras modificaciones que hacer si se considerara que este análisis ofrece por lo menos cierta viabilidad que permita continuar con su exploración.

## ANEXO

### Texto de los artículos propuestos

#### CAPITULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

##### *Artículo 1. — Ambito de aplicación de los presentes artículos<sup>a</sup>*

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción reconocida por el derecho internacional o a falta de ésta, bajo su control, cuando las consecuencias físicas de tales actividades causen a lo largo de

su desarrollo daños transfronterizos o creen el riesgo de causarlos.

##### *Artículo 2. — Términos empleados*

A los efectos de los presentes artículos:

a) «Actividades de riesgo» son aquellas del artículo 1, incluyendo las llevadas adelante directamente por el Estado, que:

##### *«Artículo 1 — Ambito de aplicacion de los presentes articulos*

»Los presentes articulos se aplicaran a las actividades que se desarrollen bajo la jurisdiccion o control [efectivo] de un Estado y cuya operacion cause un daño transfronterizo, o cree el nesgo de causarlo »

No es necesario calificar el nesgo y el daño de «apreciable» o «significativo» por cuanto se aclara luego en el articulo 2 que, siempre que se usen los terminos «nesgo» y «daño», se entiende que son «apreciables» o «significativos»

<sup>a</sup> Este artículo esta sujeto a considerables modificaciones de redaccion, segun surgio del debate en el ultimo periodo de sesiones de la Comision. Un posible texto para uso del Comite de Redaccion podria ser el siguiente

- i) se ocupen del manejo, almacenamiento, producción, transporte, descarga u otra operación de similar naturaleza, de una o más sustancias peligrosas;
- ii) empleen tecnologías productoras de irradiaciones peligrosas; o
- iii) introduzcan en el medio ambiente organismos genéticamente modificados peligrosos y microorganismos peligrosos;
- b) «Sustancias peligrosas» son aquellas que ofrecen un riesgo [apreciable] [significativo] de daño para las personas, los bienes [el uso o disfrute de zonas] o el medio ambiente, tales como las inflamables, explosivas, corrosivas, oxidantes, irritativas, carcinógenas, mutagénicas, tóxicas, ecotóxicas y radiogénicas, como las indicadas en el anexo [...] Una sustancia puede ser considerada peligrosa sólo si se presenta en ciertas cantidades o concentraciones, o en relación con ciertos riesgos o situaciones en que puede encontrarse dicha sustancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a;
- c) «Organismos genéticamente modificados peligrosos» son aquellos cuyo material genético ha sido alterado de una manera que no ocurre naturalmente por el acoplamiento o por una recombinación natural y que crea un riesgo para las personas, los bienes [, el uso o disfrute de zonas] o el medio ambiente, según el anexo [...];
- d) «Microorganismos peligrosos» son los que crean un riesgo para las personas, los bienes [, el uso o disfrute de zonas] o el medio ambiente, como los patógenos o productores de toxinas;
- e) «Riesgo [apreciable] [significativo]» es el que ofrece tanto una probabilidad baja de causar un daño muy importante [desastroso] como una probabilidad superior a la normal de causar un daño transfronterizo menor, aunque [apreciable] [significativo]<sup>b</sup>;
- f) «Actividades de efectos nocivos» son aquellas del artículo 1 que causan daños transfronterizos en el curso de su operación normal;
- g) «Daño transfronterizo» es el producido como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1, y que en el territorio o en [lugares] [áreas] bajo la jurisdicción o el control de otro Estado perjudique de manera [apreciable] [significativa] a las personas [las cosas] [los bienes] [, el uso o disfrute de zonas] o el medio ambiente. En los presentes artículos, la expresión alude siempre al daño [apreciable] [significativo]. Incluye el costo de las medidas preventivas tomadas para contener o minimizar los efectos transfronterizos nocivos de una actividad del artículo 1, así como los nuevos daños que estas medidas puedan ocasionar<sup>c</sup>;

<sup>b</sup> Se ha modificado el apartado e porque tales actividades se definen ahora en el apartado a del mismo artículo, como consecuencia de la nueva manera de determinar el alcance del proyecto en lo relativo a las actividades peligrosas o de riesgo. Se separó la definición de las actividades «de efectos nocivos», que son materia del apartado f

<sup>c</sup> La siguiente podría ser una variante apropiada para este apartado

«g) se entiende por “daño transfronterizo” el producido en áreas bajo la jurisdicción o control de un Estado como consecuencia física de una actividad del artículo 1. El término alude siempre al daño [apreciable] [significativo] causado a las personas [las cosas] [los bienes] [, el uso o disfrute de zonas] o el medio ambiente, e incluye el costo de las medidas preventivas tomadas para contener o minimizar los efectos trans-

h) «Daño [apreciable] [significativo]» es el que tiene una entidad superior a las meras molestias o daños insignificantes que son normalmente tolerados;

i) «Estado de origen» es el que ejerce la jurisdicción o el control sobre una actividad del artículo 1;

j) «Estado afectado» es aquel bajo cuya jurisdicción o control se produce el daño transfronterizo;

k) «Incidente» es todo evento súbito o proceso continuo, o una serie de eventos que tengan el mismo origen, y que cause daño transfronterizo o cree el riesgo de causarlo;

l) «Medidas de restauración» son las medidas adecuadas y razonables para restaurar o reponer los recursos naturales perjudicados o destruidos;

m) «Medidas preventivas» son las referidas en el artículo 8, y comprenden tanto las destinadas a prevenir la ocurrencia de un incidente o un daño como las que intentan contener o minimizar los efectos nocivos de un incidente ya producido;

n) «Estados interesados» son el Estado o Estados de origen y el Estado o Estados afectados.

#### *Artículo 3.—Asignación de obligaciones<sup>d</sup>*

1. El Estado de origen tendrá las obligaciones que establecen los presentes artículos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del artículo 1 se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer a qué se refiere el párrafo 1.

#### *Artículo 4.—Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales*

Si los Estados Partes en los presentes artículos lo son también de otro convenio internacional relativo a actividades del artículo 1, se aplicarán entre dichos Estados los presentes artículos, sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

#### *Artículo 5.—Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional<sup>e</sup>*

Los presentes artículos no perjudican la operación de cualquier otra norma del derecho internacional que establezca responsabilidad por daños transfronterizos resultantes de un hecho ilícito.

fronterizos nocivos de una actividad del artículo 1, así como los nuevos daños que estas medidas puedan ocasionar »

<sup>d</sup> El título del artículo 3 encontró objeciones. Podría ser reemplazado por el de «Responsabilidad», porque las obligaciones a que se refiere el artículo surgen como consecuencia de la responsabilidad en ambos sentidos de la palabra — como responsabilidad de velar por que no se produzca un incidente (prevención) y como responsabilidad en caso de que se produzca el incidente (prestaciones del Estado de origen)

<sup>e</sup> Se eligió la variante B sugerida para el artículo 5 en el quinto informe, por parecer más directa

## CAPITULO II

## PRINCIPIOS

*Artículo 6.—La libertad de acción y sus límites<sup>f</sup>*

La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, debe ser compatible con la protección de los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados.

*Artículo 7.—La cooperación<sup>g</sup>*

Los Estados cooperarán de buena fe, entre sí y requiriendo la ayuda de las organizaciones internacionales que pudieren prestársela, para tratar de evitar que las actividades del artículo 1 que se desarrollaren en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control causen daños transfronterizos. Si éstos se produjeran, el Estado de origen deberá cooperar con el afectado para minimizar sus efectos. En caso de daño producido por accidente, el Estado afectado, de serle ello posible, cooperará también con el de origen respecto a los efectos nocivos que hayan ocurrido en territorio de este último, o en otros lugares [áreas] bajo su jurisdicción o control.

*Artículo 8.—La prevención<sup>h</sup>*

Los Estados de origen tomarán las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos, minimizar el riesgo de su producción o en su caso contener o minimizar los efectos transfronterizos nocivos de esas actividades. Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores me-

<sup>f</sup> El artículo 6 podría redactarse en la forma siguiente

«Artículo 6 — La libertad de acción y sus límites

»La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas [en su territorio], o bajo su jurisdicción o control, debe ser compatible con los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados »

La expresión «en su territorio» podría suprimirse, puesto que todas las actividades dentro del territorio de un Estado están bajo su jurisdicción

<sup>g</sup> El artículo 7 podría redactarse en la forma siguiente

«Artículo 7 — La cooperación

»Los Estados cooperarán de buena fe, entre sí y requiriendo la ayuda de las organizaciones internacionales que pudieren prestársela, para tratar de evitar que las actividades que se desarrollen bajo su jurisdicción o control causen daños transfronterizos. El Estado afectado, cuando ello fuere posible y razonable, cooperará también con el de origen respecto de los efectos nocivos producidos en áreas bajo la jurisdicción o control de este último »

<sup>h</sup> Un texto mejor para el artículo 8 sería acaso el siguiente

«Artículo 8 — La prevención

»Los Estados de origen tomarán todas las medidas adecuadas para evitar que las actividades bajo su jurisdicción o control causen daños transfronterizos, o para minimizar los riesgos de que los causen o en su caso contener y minimizar los efectos transfronterizos nocivos de esas actividades »

dios practicables y disponibles respecto a las actividades del artículo 1.

*Artículo 9.—La reparación<sup>i</sup>*

En cuanto sea compatible con los presentes artículos, el Estado de origen deberá reparar el daño apreciable causado por una actividad del artículo 1. Dicha reparación se determinará por negociación entre el Estado de origen y el o los afectados y se orientará en principio por los criterios contenidos en los presentes artículos, principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño.

*Artículo 10.—No discriminación<sup>j</sup>*

Los Estados Partes considerarán de la misma manera los efectos de una actividad que se produzcan en territorio o bajo la jurisdicción o control de otro Estado que aquellos que tengan lugar en su propio territorio. En particular, aplicarán las disposiciones de los presentes artículos y de sus leyes nacionales sin discriminación en cuanto a la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas perjudicadas por las actividades del artículo 1.

## CAPITULO III

## PREVENCIÓN

*Artículo 11.—Evaluación, notificación, información*

1. Cuando un Estado tuviere razones para creer que bajo su jurisdicción o control se está desarrollando, o está por desarrollarse, una actividad del artículo 1, la examinará para evaluar sus posibles efectos transfronterizos y si encuentra que puede causar un daño de ese carácter, o crear el riesgo de causarlo, lo notificará lo antes posible al Estado o Estados probablemente afectados, con la información técnica disponible que avalare su conclusión. Podrá acompañar la información de las medidas que intenta tomar para prevenir el daño transfronterizo o minimizar el riesgo de su producción.

2. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados, o si no fuere posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados de resultados de la actividad, la notificación se hará también a una organización internacional con competencia en la materia, en las mismas condiciones del párrafo 1.

<sup>i</sup> El Relator Especial propone que el título y el texto del artículo 9 podrían ser los siguientes

«Artículo 9 — Prestaciones del Estado de origen

»En cuanto sea compatible con los presentes artículos, el Estado de origen asegurará que el daño causado por una actividad del artículo 1 sea [compensado] [reparado]. Esta compensación se determinará entre las Partes interesadas por negociaciones que se orientarán en principio por los criterios contenidos en los presentes artículos »

<sup>j</sup> El presente artículo ocupa el lugar del anterior artículo 8, relativo a la participación, que fue suprimido

**Artículo 12.—Participación de la organización internacional**

La organización internacional que intervenga deberá ajustar su participación a lo dispuesto al respecto en sus estatutos o reglamentos, si la materia estuviera reglada en ellos. Si no lo estuviere, interpondrá sus buenos oficios para impulsar la cooperación de las partes, promoverá reuniones con el Estado de origen y los afectados, conjunta o separadamente, y responderá a los pedidos que le hagan las partes para facilitar la solución de las cuestiones que se presenten. Si está en condiciones de hacerlo, prestará asistencia técnica a los Estados que se la soliciten en relación con el asunto que motive su intervención.

**Artículo 13.—Iniciativa del Estado presuntamente afectado**

Si un Estado tuviere razones serias para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le está causando un daño en los términos del apartado g del artículo 2, o crea un riesgo [apreciable] [significativo] de causárselo, podrá pedirle a éste que cumpla con lo establecido en el artículo 11. La petición se acompañará de una exposición técnica y documentada de las razones en que funda su opinión. Si resultara que en efecto la actividad es una de las del artículo 1, el Estado de origen deberá cargar con los costos incurridos por el afectado.

**Artículo 14.—De las consultas**

Los Estados interesados se consultarán entre sí, de buena fe y con espíritu de cooperación, para intentar la creación de un régimen para la actividad en cuestión que tenga en cuenta los intereses de todos. A iniciativa de cualquiera de ellos, las consultas podrán efectuarse a través de reuniones conjuntas de todos los Estados interesados.

**Artículo 15.—Protección de la seguridad nacional o de secretos industriales**

Lo dispuesto en el artículo 11 no obligará al Estado de origen a proporcionar datos e informaciones que sean vitales para su seguridad nacional o para proteger sus secretos industriales. No obstante ello, el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información que le sea posible según las circunstancias.

**Artículo 16.—Medidas unilaterales de prevención**

Si la actividad en cuestión resultara ser del artículo 1, y hasta tanto se acuerde para ella un régimen legal entre los Estados interesados, el Estado de origen adoptará las medidas de prevención adecuadas del artículo 8, en particular las medidas legislativas y administrativas conducentes: entre otras, exigir autorización previa para el desarrollo de la actividad, promover la adopción de seguros obligatorios o de otras garantías financieras que cubran los daños transfronterizos, así como la aplicación de la mejor tecnología disponible para la seguridad en el desarrollo de dicha actividad. Si fuera necesario, empeñará la acción de su Gobierno para contrarrestar los efectos de un incidente ya

producido que ofrezca un peligro inminente y grave de causar daño transfronterizo.

**Artículo 17.—El equilibrio de intereses**

Para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con una actividad del artículo 1, éstos podrán tener en cuenta en sus consultas o negociaciones los siguientes factores:

a) el grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;

b) la existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;

c) la posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de actividades alternativas;

d) la importancia de la actividad para el Estado de origen teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;

e) la viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;

f) las posibilidades físicas y tecnológicas del Estado de origen en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;

g) los niveles (*standards*) de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado, y los que se aplican en la práctica regional o internacional;

h) los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;

i) el grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;

j) la disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;

k) el grado en que los intereses de los Estados de origen y afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;

l) el grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;

m) la aplicabilidad de principios y normas pertinentes del derecho internacional.

**Artículo 18.—Incumplimiento de las obligaciones anteriores**

El incumplimiento de las obligaciones anteriores por el Estado de origen no dará a los Estados afectados ninguna acción si no está prevista en otros convenios internacionales vigentes entre las partes. Si en esas circunstancias la actividad produjere un daño transfronterizo [apreciable] [significativo] que le sea atribuible causalmente, el Estado de origen no podrá invocar en su favor las disposiciones del artículo 23.

**Artículo 19.—Falta de respuesta a la notificación del artículo 11**

En los casos del artículo 11, si el Estado notificante hubiere acompañado información sobre las medidas allí referidas, éstas serán consideradas satisfactorias para los Estados que no respondieran a la notificación en un plazo de seis meses, que podrá extenderse a pedido del interesado [por un período razonable] [por otros seis meses]. Los Estados probablemente afectados podrán pedir el asesoramiento de las organizaciones internacionales que pudieren prestárselo.

**Artículo 20.—Prohibición de la actividad**

Si de la evaluación de la actividad surgiere que los daños transfronterizos no pueden ser evitados, o no pueden ser compensados adecuadamente, el Estado de origen debería rehusar la autorización de la actividad de que se trate a menos que el explotador propusiere alternativas menos nocivas.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD

**Artículo 21.—La obligación de negociar**

Si, como consecuencia de una actividad del artículo 1, se produjere un daño transfronterizo, el Estado o los Estados de origen tendrán la obligación de negociar con el Estado o los Estados afectados la determinación de las consecuencias jurídicas del daño, teniendo en cuenta que éste debe ser en principio compensado íntegramente.

**Artículo 22.—Pluralidad de Estados afectados**

Si hubiere una pluralidad de Estados afectados, podrá darse intervención a una organización internacional con competencia en la materia a petición de cualquiera de los Estados interesados, con el solo objeto de asistir a las partes y promover su cooperación. Si hubieren existido las consultas del artículo 14 y en ellas hubiere participado una organización internacional, la misma organización participará también en la presente instancia, si el daño se produce antes de que se hubiere acordado un régimen para la actividad que lo produjo.

**Artículo 23.—Reducción de las prestaciones del Estado de origen**

En las reclamaciones por la vía diplomática, el Estado afectado podrá acceder, si fuere razonable, a una reducción de las prestaciones a cargo del Estado de origen, si de la naturaleza de la actividad y de las circunstancias del caso surgiere que resulta equitativo distribuir ciertos costos entre los Estados interesados [como cuando el Estado de origen hubiere adoptado medidas precautorias exclusivamente para prevenir el daño transfronterizo y la actividad se desarrollare en ambos Estados, o si el Estado de origen

demonstrara que el Estado afectado se beneficia gratuitamente de la actividad que produjo el daño].

**Artículo 24.—Daño al medio ambiente y a personas o bienes en su consecuencia**

1. Si el daño transfronterizo perjudicare el medio ambiente del Estado afectado, el Estado de origen correrá con los costos de toda operación razonable para reinstaurar, dentro de lo posible, las condiciones existentes antes de que el daño se produjera. Si fuere imposible restaurar dichas condiciones íntegramente, podrá convenirse una prestación del Estado de origen, ya sea pecuniaria o de otro tipo, que compensare el deterioro sufrido.

2. Si como consecuencia del daño al medio ambiente del párrafo 1 hubiere también daños a personas o a bienes en el Estado afectado, las prestaciones del Estado de origen también comprenderán la indemnización de tales daños.

3. En los casos de los párrafos 1 y 2, podrá ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 23, siempre que la reclamación se haga por la vía diplomática. En las demandas por la vía interna se aplicará la ley nacional.

**Artículo 25.—Pluralidad de Estados de origen**

En los casos de los artículos 23 y 24, si hubiere más de un Estado de origen,

VARIANTE A

éstos serán solidariamente responsables por los daños causados, sin perjuicio de las reclamaciones que pudieran hacerse entre sí por las diversas proporciones en que hubieren intervenido en su producción.

VARIANTE B

éstos serán responsables hacia el Estado afectado en la proporción del daño que cada uno hubiere causado.

**Artículo 26.—Excepciones**

1. No habrá responsabilidad del Estado de origen, o del explotador en su caso:

a) si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección, o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable o irresistible; o

b) si el daño fue causado enteramente por un acto u omisión hecho con la intención de causar daño por un tercero.

2. Si el Estado de origen o el explotador en su caso prueban que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión hechos con intención de causar daño por la persona que sufrió el daño, o por negligencia de dicha persona, pueden ser exonerados total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona.

**Artículo 27.—Prescripción**

Las acciones por responsabilidad de los presentes artículos prescribirán luego de un período de [tres] [cinco]

años de la fecha en que el actor tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del Estado de origen o del explotador en su caso. En todo caso, no habrá acción transcurridos los treinta años de la fecha del accidente que causó el daño. Si el accidente consistió en una serie de ocurrencias, los treinta años correrán desde la fecha de la última ocurrencia.

## CAPÍTULO V

### RESPONSABILIDAD CIVIL

#### *Artículo 28.—La vía interna*

1. La presentación de una reclamación bajo los presentes artículos al Estado de origen por su responsabilidad en caso de daño transfronterizo no requiere agotamiento de los recursos legales locales disponibles al Estado afectado o a las personas físicas o morales que éste represente.

2. Nada en los presentes artículos se opone a que un Estado, o una persona física o moral que aquél pudiere representar y que se consideraren dañados como consecuencia de una actividad del artículo 1, presente una demanda ante los tribunales del Estado de origen [y, en el caso del párrafo 3 del artículo 29, del Estado afectado]. En tal caso, sin embargo, el Estado afectado no podrá utilizar la vía diplomática para una reclamación por el mismo daño por el que se ha presentado dicha demanda.

#### *Artículo 29.—Competencia de los tribunales nacionales*

1. Los Estados Partes en los presentes artículos darán, a través de sus legislaciones nacionales, competencia a sus tribunales para entender en las demandas a que se refiere el artículo 28, así como acceso a sus tribunales a los Estados o a las personas físicas o jurídicas afectadas.

2. Los Estados Partes proveerán en sus sistemas jurídicos internos los recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños transfronterizos causados por actividades del artículo 1 realizadas bajo su jurisdicción o control.

[3. A excepción del Estado afectado, las otras personas que se consideren dañadas a que alude el artículo 28, podrán elegir para iniciar su acción los tribunales del Estado afectado o los del Estado de origen.]

#### *Artículo 30.—Aplicación de la ley nacional*

El Tribunal aplicará su derecho nacional en todas las cuestiones de fondo o de procedimiento que no estén reguladas especialmente por los presentes artículos. Tanto los presentes artículos como el derecho y la legislación nacional deberán aplicarse sin discriminación alguna basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia.

#### *Artículo 31.—Inmunidades de jurisdicción*

Los Estados no podrán interponer inmunidades de jurisdicción al amparo de la legislación nacional o del derecho internacional por acciones entabladas con arreglo a los artículos anteriores, salvo en lo relativo a las medidas de ejecución.

#### *Artículo 32.—Ejecutoriedad de la sentencia*

1. Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que:

- a) la sentencia haya sido obtenida mediante fraude;
- b) no se haya dado al demandado preaviso razonable y oportunidad de presentar su caso en condiciones justas;
- c) la sentencia sea contraria al orden público del Estado en que se gestione su reconocimiento, o no se ajuste a las normas fundamentales de la justicia.

2. Una sentencia reconocida de acuerdo al párrafo 1 será ejecutoria en cualquiera de los Estados Partes desde el momento en que se cumplan las formalidades prescritas por la Parte Contratante en que se gestione la ejecución. No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto.

#### *Artículo 33.—Transferencias*

Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para que se pueda transferir libremente al demandante en la moneda del Estado afectado, o en la del Estado de su residencia habitual, todas las sumas que le sean debidas en relación con las acciones ante sus tribunales en consecuencia de los artículos anteriores, así como las que pudiere recibir de los seguros o reaseguros u otros fondos destinados a cubrir tales daños.



## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 42.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN 4/426/Rev 1	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, vease vol II (segunda parte), cap I, parr 9
A/CN 4/427 [y Corr 1] y Add 1	Sexto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion, del Sr Stephen C McCaffrey, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen (pag 43)
A/CN 4/428 [y Corr 1, 3 y 4] y Add 1	Sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr Julio Barboza, Relator Especial	<i>Idem</i> (pag 89)
A/CN 4/429 y Add 1 a 4	Proyecto de codigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad observaciones de los Estados Miembros recibidas en cumplimiento de las resoluciones 43/164 y 44/32 de la Asamblea General	<i>Idem</i> (pag 25)
A/CN 4/430 y Add 1	Octavo informe sobre el proyecto de codigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr Doudou Thiam, Relator Especial	<i>Idem</i> (pag 29)
A/CN 4/431 [y Corr 1]	Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr Motoo Ogiso, Relator Especial	<i>Idem</i> (pag 3)
A/CN 4/432	Quinto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr Leonardo Diaz Gonzalez, Relator Especial	Se reproducira en forma consolidada en <i>Anuario 1991</i> vol II (primera parte), como documento A/CN 4/438
A/CN 4/433	Provision de una vacante ocurrida despues de la eleccion (articulo 11 del estatuto) nota de la Secretaria	Reproducido en el presente volumen (pag 1)
A/CN 4/433/Add 1	<i>Idem</i> — Adicion a la nota de la Secretaria candidatura y curriculum vitae	Mimeografiado
A/CN 4/L 443	Resumen por temas preparado por la Secretaria de los debates celebrados en la Sexta Comision sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo cuarto periodo de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado
A/CN 4/L 444	Proyecto de articulos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes Titulos y textos aprobados por el Comite de Redaccion en segunda lectura articulos 1 a 10 y 12 a 16	Vease volumen I, acta resumida de la 2191ª sesion (parrs 23 y ss )
A/CN 4/L 445	Proyecto de articulos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion Titulos y textos aprobados por el Comite de Redaccion articulos 22 a 27	<i>Idem</i> , actas resumidas de las sesiones 2187ª y 2188ª (parrs 1 a 74)
A/CN 4/L 446	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42º periodo de sesiones capitulo I (Organizacion del periodo de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, vease <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General cuadragésimo quinto periodo de sesiones Suplemento N° 10 (A/45/10)</i> El texto definitivo figura en el volumen II (segunda parte)
A/CN 4/L 447 y Add 1 a 3	<i>Idem</i> capitulo II (Proyecto de codigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 448	<i>Idem</i> capitulo III (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 449 y Add 1 y 2	<i>Idem</i> capitulo IV (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegacion)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 450	<i>Idem</i> capitulo V (Responsabilidad de los Estados)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 451	<i>Idem</i> capitulo VI [Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)]	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 452	<i>Idem</i> capitulo VII (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 453	<i>Idem</i> capitulo VIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comision)	<i>Idem</i>
A/CN 4/L 454 [y Corr 1]	Proyecto de codigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad informe del Grupo de Trabajo establecido por la Comision conforme a la peticion de la Asamblea General en el parrafo 1 de su resolucion 44/39	<i>Idem</i> cap II, secc C
A/CN 4/L 455	Proyecto de codigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad Titulos y textos aprobados por el Comite de Redaccion articulos 16, 18 y X	Vease volumen I, actas resumidas de las sesiones 2196ª (parrs 43 y ss ), 2197ª y 2198ª (parrs 1 a 8 y 52 a 81)
A/CN 4/SR 2149- A/CN 4/SR 2204	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2149ª a 2204ª	Mimeografiado El texto definitivo figura en el volumen I





---

### كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

#### 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

#### HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

#### COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

#### КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

#### COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

---