A/CN.4/SER.A/1991/Add 1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1991

Volumen II
Primera parte

Documentos del cuadragésimo tercer período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1991

Volumen II
Primera parte

Documentos
del cuadragésimo tercer período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 1994

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras La mención de una de estas signaturas 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 1990*)

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comision 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 43 ° 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/1991/Add 1 (Part 1)

PUBLICACION DE LAS NACIONES UNIDAS

Numero de venta S 93 V 9 (Part 1)
ISBN 92 1 333215 7

Edicion completa de dos volumenes
ISBN 92 1 333217 3

ISSN 0497 9885

Copyright © United Nations 1994
All rights reserved

ÍNDICE

Página

Abreviaturas iv

Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas v

Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)

Documento A/CN.4/440 y Add.1.—Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial 1

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 4 del programa)

Documento A/CN.4/435 y Add.1.— Noveno informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial 39

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 5 del programa)

Documento A/CN.4/436.— Séptimo 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 47

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 6 del programa)

Documento A/CN.4/437.— Séptimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial 73

Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (tema 7 del programa)

Documento A/CN.4/438.— Quinto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial 93

Documento A/CN.4/439.— Sexto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial 117

Lista de documentos del 43.° período de sesiones 129

ABREVIATURAS

AIF	Asociación Internacional de Fomento
Banco Mundial BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPA	Comisión Económica para Africa
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
FENU	Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas
FMI	Fondo Monetario Internacional
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OOPS	Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente
PAM	Programa Mundial de Alimentos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SDN	Sociedad de las Naciones
SFI	Sociedad Financiera Internacional
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UPU	Unión Postal Universal

*
* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. serie A	CPJI, *Recueil des arrêts* (N.^{os} 1 a 24, hasta 1930 incl.)
C.P.J.I. serie A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (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.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/440 y Add.1

Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial

[Original inglés]
[20 y 21 de agosto de 1991]

ÍNDICE

			Párrafos	Página
Nota				2
Obras citadas en el presente informe				2
INTRODUCCIÓN			1 7	7
Capítulo				
I	LAS MEDIDAS OBJETO DE ESTUDIO		8 36	8
	A	La legítima defensa	9 12	8
	B	Las sanciones	13 15	10
	C	La retorsión	16 19	10
	D	Las represalias	20 25	11
	E	Las contramedidas	26 27	12
	F	Las medidas de reciprocidad	28 32	13
	G	La máxima *inadimpleti non est adimplendum* y la suspensión y terminación de los tratados	33 35	14
	H	Objeto de los capítulos siguientes	36	15
II	EL REQUISITO PREVIO DE LA EXISTENCIA DE UN HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO		37 38	15
III	FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS Y FINES PERSEGUIDOS		39 45	16
IV	LA CUESTIÓN DE LA PREVIA DEMANDA DE REPARACIÓN		46 51	17
V	LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS		52 62	19
VI	EL PROBLEMA DE LA PROPORCIONALIDAD		63 68	22
VII	EL RÉGIMEN DE LA SUSPENSIÓN Y LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS A TÍTULO DE CONTRAMEDIDAS		69 83	24
VIII	LA CUESTIÓN DE LOS LLAMADOS REGÍMENES AUTÓNOMOS		84 88	27
IX	EL PROBLEMA DE LOS ESTADOS LESIONADOS DE DIFERENTE MANERA		89 95	28
X	PROBLEMAS DE LAS LIMITACIONES SUSTANTIVAS		96 122	31
	A	La prohibición del recurso a la fuerza	97 102	31
	B	El respeto de los derechos humanos y otros valores humanitarios	103 113	34
	C	Inviolabilidad de las personas especialmente protegidas	114 117	36
	D	La pertinencia del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*	118 122	37

NOTA

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S.88.XIV.1), pág. 7
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	*Ibid.*, pág. 18
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443

OBRAS CITADAS EN EL PRESENTE INFORME

A

AGO, R

«Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, París, Sirey, 1947, tomo 68.

AKEHURST, M

«Reprisals by Third States», *The British Yearbook of International Law, 1970* (Londres), vol. 44, 1971.

A Modern Introduction to International Law, Londres, Allen and Unwin, 1987.

ALLAND, D

«International responsibility and sanctions: self-defence and counter-measures in the ILC codification of rules governing international responsibility», *United Nations Codification of State Responsibility*, M. Spinedi y B. Simma, eds., Nueva York, Oceana Publications, 1987.

ANZILOTTI, D

Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Florencia, Lumachi, 1902, primera parte.

Corso di diritto internazionale, Roma, Athenaeum, 1915.

Idem, 3ª ed., 1928.

Cours de droit international, trad. francesa de G. Gidel según la 3ª edición italiana, París, Sirey, 1929.

ARANGIO-RUIZ, G

«The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, vol. 137.

«Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1977-IV*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, vol. 157.

B

BARSOTTI, R

«Armed reprisals», *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Nijhoff, 1986.

BEIRLAEN, A

«Economic coercion and justifying circumstances», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XVIII, 1984-1985.

BLUM, Y

«Economic boycotts in international law», *Conference on Transnational Economic Boycotts and Coercion 19 20 February 1976, University of Texas Law School*, R. M. Mersky, ed., Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1978, vol. I.

BOISSON DE CHAZOURNES, L

Les contre-mesures dans les relations internationales économiques (tesis presentada en la Universidad de Ginebra en 1990, publicada ulteriormente por Pedone, París, en 1993).

BORCHARD, E

«Reprisals on private property», *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], 1936, vol. 30.

BOURQUIN, M

«Regles générales du droit de la paix» *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1931 I*, Paris, Sirey, 1932, tomo 35.

BOWETT, D. W

Self-defence in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1958.

«Reprisals involving recourse to armed force», *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], enero 1972, vol. 66, N.º 1.

«Economic coercion and reprisals by States», *Virginia Journal of International Law* [Charlottesville (Va.)], 1972, vol. 13 (1).

«International law and economic coercion», *Virginia Journal of International Law* [Charlottesville (Va.)], 1976, vol. 16 (2).

«The use of force for the protection of nationals abroad», *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, A. Cassese, ed., Dordrecht, Nijhoff, 1986.

«Treaties and State responsibility» *Le droit international au service de la paix, de la justice et du developpement —Melanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.

BROWNLIE, I

International Law and the Use of Force by States, Oxford, Clarendon Press, 1963.

System of the Law of Nations: State Responsibility, Oxford, Clarendon Press, 1983, primera parte.

C

CAHIER, Ph

Le droit diplomatique contemporain, Ginebra, Droz, 1962

CAPOTORTI, F

«L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1971-III*, Leyden, Sijthoff, 1972, vol 134

CASSESE, A

Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo, Bolonia, Mulino, 1984

Commentaire relatif à l'Article 51 de la Charte, *La Charte des Nations Unies*, 2ª ed rev y aument, J-P Cot et A Pellet, eds, París, Economica, 1990

CAVAGLIERI, A

«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929-I*, París, Hachette, 1930, tomo 26

ČEPELKA, C

Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain, Praga, Universita Karlova, 1965

COLBERT, E S

Retaliation in International Law, Nueva York, King's Crown Press, 1948

COMBACAU, J

«The exception of self-defence in United Nations practice», *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, A Cassese, ed, Dordrecht, Nijhoff, 1986

«Sanctions», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1986, vol 9

CONFORTI, B

Diritto internazionale, 3ª ed, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1987

D

DE GUTTRY, A

Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale, Milán, Giuffre, 1985

DELIVANIS, J

La légitime défense en droit international public moderne —Le droit international face a ses limites, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971

DINSTEIN, Y

War, Aggression and Self-defence, Cambridge, Grotius, 1988

DOMINICÉ, Ch

«Représailles et droit diplomatique», *Recht als Prozess und Gefuge, Festschrift fur Hans Huber* (Berna), 1981

«Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite», *Droit international 2*, París, Pedone, 1982

DUMBAULD, E

Interim Measures of Protection in International Controversies, La Haya, Nijhoff, 1932

DUPUY, P M

«Action publique et crime international de l'État —À propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États», *Annuaire français de droit international, 1979* (París), vol 25, 1979

«Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», *Revue générale de droit international public*, París, Pedone, 1983/3, tomo 87

«Le fait générateur de la responsabilite internationale des Etats», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1984-V*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, vol 188

E

ELAGAB, O Y

The Legality of Non-forcible Counter-Measures in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1988

F

FALK, R A

«The Beirut raid and the international law of retaliation», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], julio de 1969, vol 63, N° 3

FAUCHILLE, P

Traité de droit international public, Paris, Rousseau, 1926, tomo I, 3ª parte

FENWICK, Ch G

International Law, 4ª ed, Nueva York Appleton-Century-Crofts, 1965

FISLER DAMROSCH, L

«Retaliation or arbitration or both? The 1978 United States-France aviation dispute», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], octubre de 1980, vol 74, N° 4

FORLATI PICCHIO, M L

La sanzione nel diritto internazionale, Padua, CEDAM, 1974

G

GAJA, G

«*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1981-III*, vol 172

GIANELLI, A

Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale, Universidad de Roma, 1990

GIULIANO, M

Diritto internazionale, vol 1 *La società internazionale e il diritto*, 2ª ed con la colaboracion de T Scovazzi y T Treves, Milan, Giuffre, 1983

GRAEFRATH, B

«Responsibility and damages caused relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l Academie de droit international de La Haye, 1984-II*, La Haya Nijhoff, 1985, vol 185

GRAEFRATH, B y P A STEINIGER

«Kodification der volkerrechtlichen Verantwortlichkeit», *Neue Justiz* (Berlin), N° 8, 1973

GROTIUS, H

Le droit de la guerre et de la paix, trad par J Barbeyrac, Leyden, Aux dépens de la Compagnie, 1759

GUGGENHEIM, P

Traité de droit international public, Ginebra Georg 1954, tomo II

Traité de droit international public, 2ª ed rev y aument, Ginebra, Georg, 1967, tomo I

H

HALL, W E

A Treatise on International Law, 8ª ed, Oxford Clarendon Press, 1924

HEILBORN, P

Das System des Volkerrechts entwickelt aus den volkerrechtlichen Begriffen, Berlín, Springer, 1896

HIGGINS, R

«The taking of property by the State recent developments in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-III*, La Haya, Nijhoff, 1983, vol 176

HUTCHINSON, D N.

«Solidarity and breaches of multilateral treaties», *The British Yearbook of International Law, 1988* (Oxford), vol 59, 1989

J

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Nordhoff, 1979, vol 159.

K

KALSHOVEN, F

Belligerent Reprisals, Leiden, Sijthoff, 1971

KAPOOR, S K

A Textbook of International Law, Allahabad, 1985

KELSEN, H

«Unrecht und Unrechtsfolge im Volkerrecht», *Zeitschrift fur offentliches Recht* (Viena), vol XII, N ° 4, octubre de 1932

Principles of International Law, 2 ª ed , rev y ed par R W Tucker, Nueva York, Holt, Rinehart y Winston, 1966

KUNZ, J

«Sanctions in international law», *American Journal of International Law*, Washington (D C), vol 54, N ° 2, abril de 1960

L

LA BRIÈRE, Y DE

«Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1928-II*, París, Hachette, 1929, tomo 22

LAMBERTI ZANARDI, P

La legittima difesa nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1972

LATTANZI, F

Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale, Milán, Giuffrè, 1983

«Sanzioni internazionali», *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1989, vol XLIII

LAUTERPACHT, H

Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration), Londres, Longmans, Green, 1927

LEBEN, Ch

«Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale», *Annuaire français de droit international, 1982* (París), vol XXVIII

LEVENFELD, B

«Israeli counter-*fedayeen* tactics in Lebanon Self-defense and reprisal under modern international law», *Columbia Journal of Transnational Law* (Nueva York), vol 21, N ° 1, 1982

LILLICH, R B

«The status of economic coercion under international law United Nations norms», *Conference on Transnational Economic Boycotts and Coercion, 19-20 February 1976, University of Texas Law School*, R M Mersky, ed , Dobbs Ferry (N Y), Oceana Publications, 1978, vol I

«Forcible self-help under international law», *United States Naval War College — International Law Studies*, vol 62, *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, vol II *The Use of Force, Human Rights and General International Legal Issues*, R B Lillich y J N Moore, eds , Newport (R I), Naval War College Press, 1980

M

MALANCZUK, P

«Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht* (Heidelberg), vol 45, 1985

«Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on State responsibility», *United Nations Codification of State Responsibility*, M Spinedi y B Simma, eds , Nueva York, Oceana Publications, 1987

MCDOUGAL, M S y F P FELICIANO

«Legal regulation of resort to international coercion Aggression and self-defense in policy perspective», *The Yale Law Journal* [New Haven (Conn)], vol 68, N ° 6, mayo de 1959

Law and Minimum World Public Order The Legal Regulation of International Coercion, New Haven y Londres, Yale University Press, 1961

MCNAIR, A D

The Law of Treaties, 2 ª ed , Oxford, Clarendon Press, 1961

MERON, Th

Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989

MORELLI, G

Nozioni di diritto internazionale, 7 ª ed , Padua, CEDAM, 1967

MORGENTHAU, H

«Theorie des sanctions internationales», *Revue de droit international et de législation comparee*, La Haya y París, Pedone, 1935, 3 ª serie, tomo XVI

O

OBRADOVIC, M

«Prohibition of the threat or use of force», *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation*, M Sahovic, ed , Belgrado, Institute of International Politics and Economics y Dobbs Ferry (N Y), Oceana Publications, 1972

OPPENHEIM, L

International Law A Treatise, 7 ª ed , H Lauterpacht, ed , vol II, y 8 ª ed , vol I, Londres, Longmans, Green, 1955

P

PALMISANO, G

«Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso "Rainbow Warrior"», *Rivista di diritto internazionale* (Milán), vol 73, N ° 4, 1990

PANIAGUA REDONDO, R

«Las represalias en el derecho internacional Perspectiva histórica», *Revista Jurídica de Cataluña 1984* (Barcelona), vol 1

PARTSCH, K J

«Self-preservation», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1982, vol 4

«Reprisals» y «Retorsion», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1986, vol 9

PAUST, J J y A P BLAUSTEIN

«The Arab oil weapon—a threat to international peace», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 68, N ° 3, julio de 1974

PHILLIMORE, R

Commentaries upon International Law, vol III, 3 ª ed , Londres, Butterworths, 1885

PISILLO MAZZESCHI, R

Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento, Milán, Giuffrè, 1984

«Termination and suspension of treaties for breach in the ILC works on State responsibility», *United Nations Codification of State Responsibility*, M Spinedi y B Simma, eds , Nueva York, Oceana Publications, 1987

POLITIS, N

«Le régime des représailles en temps de paix», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934* (Paris)

PUEYO LOSA, J

«El derecho a las represalias en tiempo de paz condiciones de ejercicio», *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol XL, N ° 1, enero-junio de 1988

R

REISMAN, W M

Nullity and Revision The Review and Enforcement of International Judgments and Awards, New Haven y Londres, Yale University Press, 1971

REITZER, L

La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, París, Sirey, 1938

REUTER P y J COMBACAU

Institutions et relations internationales, París, Presses universitaires de France, 1980

REUTER, P

Droit international public, 6 ª ed , París, Presses universitaires de France, 1983

RÖLING, B V A

«Aspects of the case concerning United States diplomats and consular staff in Tehran», *Netherlands Yearbook of International Law* (Alphen aan den Rijn), vol XI, 1980

RONZITTI, N

Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, Dordrecht, Nijhoff, 1985

ROSENNE, S

«Vienna Convention on the Law of Treaties», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, vol 7

Breach of Treaty, Cambridge, Grotius, 1985

ROUGIER, A

«La théorie de l'intervention d'humanité», *Revue générale de droit international public*, 1910, tomo XVII

S

SACHARIEW, K

«State responsib. ity for multilateral treaty violations identifying the "injured State" and its legal status», *Netherlands International Law Review* (Dordrecht), vol XXXV, N ° 3, 1988

SALMON, J

«Les circonstances excluant l'illicéité», *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987-1988

SCHACHTER, O

«Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 54, N ° 1, enero de 1960

«Self-help in international law U S action in the Iranian hostages crisis», *Journal of International Affairs* (Nueva York), vol 37, N ° 2, 1983-1984

«International law in theory and practice—General course in public international law», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1982-V*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, vol 178

SCHINDLER, D

«Le principe de non-intervention dans les guerres civiles», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1973* (Basilea), vol 55

SCHOEN, P

«Die volkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift fur Volkerrecht* (Breslau), suplemento N ° 2 al tomo X, 1917

SCHWEBEL, S M

«Aggression, intervention and self-defence in modern international law», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1972-II*, Leiden, Sijthoff, 1973, vol 136

SEIDL-HOHENVELDERN, I

«Reprisals and the taking of private property», *Netherlands International Law Review — De Conflictu Legum Melanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus* (Leyden), vol IX, N ° 4, octubre de 1962

«The United Nations and economic coercion», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol XVIII, 1984-1985

«International economic law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1986 III*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, vol 198

SERENI, A P

Diritto internazionale, tomo III, *Relazione internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962

SICILIANOS, L -A

Les reactions décentralisées a l'illicite —Des contre-mesures a la légitime defense, Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1990

SIMMA, B

«Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», *Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht* (Viena), vol 20, 1970

«Reciprocity», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, vol 7

«Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), vol XVI, 1985

SINHA, B P

Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party, La Haya, Nijhoff, 1966

SKUBISZEWSKI, K

«Use of force by States Collective security Law of war and neutrality», *Manual of Public International Law*, textos reunidos por M Sørensen, Londres, Macmillan, 1968

SØRENSEN, M

«Eigene Rechtsordnungen—Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen uber ein Problem der internationalen Organisation», *Europaische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit Festschrift zum 70 Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos, 1981

SPINEDI, M

«International crimes of State The legislative history», *International Crimes of State A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J Weiler, A Cassese y M Spinedi, eds , Berlín-Nueva York, de Gruyter, 1989

STONE, J

Aggression and World Order A Critique of United Nations Theories of Aggression, Londres, Stevens, 1958

STRUPP, K

«Das volkerrechtliche Delikt», *Handbuch des Volkerrechts*, textos reunidos por F Stier-Somlo, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, tomo III, primera parte

SUR, S

«L'application du droit international», *Droit international public*, París, Montchrestien, 1975

T

TAOKA, R

The Right of Self-defence in International Law, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978

TAULBEE J L y J ANDERSON

«Reprisal *redux*», *Case Western Reserve Journal of International Law* [Cleveland (Ohio)], vol 16, N ° 3, 1984

THIERRY, H *et al*

Droit international public, Paris, Montchrestien, 1986

TOMUSCHAT, Ch

«Repressalie und Retorsion Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchfuhrung», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht* (Stuttgart), vol 33, N ° 1, marzo de 1973

TUCKER, R W

«Reprisals and self-defense The customary law», *American Journal of International Law* [Washington (D C)], vol 66, N ° 3, julio de 1972

TUNKIN, G

Droit international public —Problemes theoriques, Paris, Pedone, 1965

TWISS, T

The Law of Nations (considered as Independent Political Communities), ed rev , Oxford, Clarendon Press, 1884

V

VATTEL, E DE

Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains, primera parte, libro II, Neuchatel, 1777

VENEZIA, J -Cl

«La notion de represailles en droit international public», *Revue generale de droit international public* (Paris), julio-septiembre de 1960

VERDROSS, A

Volkerrecht, 5 ª ed , Viena, Springer, 1964

VIRALLY, M

«Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1967-III*, Leyden, Sijthoff, 1969, vol 122

Commentaire du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, *La Charte des Nations Unies*, 2 ª ed rev y aument , J -P Cot y A Pellet, eds , París, Economica, 1990

W

WALDOCK, C H

«The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1952-II*, Paris, Sirey, 1953, tomo 81

WEBER, H

«Unfriendly act», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North Holland, 1982, vol 4

WENGLER, W

Volkerrecht, Berlin, Springer, 1964, tomo I

«Public international law paradoxes of a legal order», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1977-V*, La Haya, Nijhoff, 1982, vol 158

Z

ZEMANEK, K

«Responsibility of States General principles», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, vol 10

«The unilateral enforcement of international obligations», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht* (Stuttgart), 1987, vol 47

«La responsabilite des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites», *Responsabilite internationale*, Paris, Pedone, 1987-1988

ZOLLER, E ,

Peacetime Unilateral Remedies An Analysis of Countermeasures, Nueva York, Transnational Publishers, 1984

«Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public», *Droit et libertés a la fin du XX^e siecle Etudes offertes a Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984

ŽOUREK, J

«La notion de légitime défense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international 1975* (Basilea), vol 56

«La Charte des Nations Unies interdit-elle le recours a la force en général ou seulement à la force armée?», *Melanges offerts a Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964

Introducción

1. En el informe preliminar sobre la responsabilidad de los Estados (1988)[1] y en el segundo informe (1989)[2], el Relator Especial examinó las consecuencias sustantivas o de fondo del hecho internacionalmente ilícito: cesación (art. 6), restitución en especie (art. 7), reparación por equivalencia (arts. 8 y 9), satisfacción y garantías de no repetición (art. 10). En el presente informe se examinan las consecuencias que se han denominado adjetivas, de forma o procesales del hecho internacionalmente ilícito. Sea cual fuere el valor de una distinción adoptada sólo a efectos de un planteamiento más sistemático, el presente informe versa sobre las cuestiones jurídicas que se suscitan en relación con las medidas que pueden adoptar el Estado lesionado o los Estados lesionados contra el Estado autor del hecho lesivo. Como en los dos informes anteriores, el presente informe abordará en principio el examen de esas medidas tal como se aplican o son aplicables en el caso de los delitos, esto es, de los hechos ilícitos ordinarios. Cabe, naturalmente, que haya que referirse a las cuestiones más o menos análogas que se plantean en relación con los crímenes internacionales de los Estados. Sin embargo, de conformidad con el esquema presentado en el informe preliminar[3], estas cuestiones se reservan, en principio, para ser examinadas después, en la etapa correspondiente.

2. La labor que tiene que realizar la Comisión en relación con esta parte del tema es, sin embargo, muy diferente de la que ha efectuado hasta ahora en lo que se refiere a las consecuencias sustantivas, tal como han sido definidas, del hecho internacionalmente ilícito. Dos rasgos distintivos fundamentales caracterizan, *de lege lata* y *de lege ferenda*, el régimen de las consecuencias adjetivas (las contramedidas). Llama la atención, ante todo, la disminución radical, cuando no la total desaparición, de las semejanzas con el régimen de la responsabilidad de los ordenamientos jurídicos internos que hacen que sea relativamente fácil trasplantar al derecho internacional, en relación con las consecuencias sustantivas, lo que un docto tratadista calificó, hace más de 50 años, de fuentes y analogías de derecho privado[4]. En lo que concierne a las principales consecuencias sustantivas o de fondo (con la única excepción, en cierto modo, de la satisfacción), el «legislador» internacional se enfrenta con problemas jurídicos tan semejantes a los que, en su parte fundamental, han sido resueltos desde hace siglos en el ámbito del derecho interno, que la esencia de las relaciones jurídicas entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho lesivo puede considerarse de la misma forma que la de las instituciones homólogas de los ordenamientos nacionales. Por eso, por muchas que fueran las cuestiones que se prestaban a varias soluciones posibles, la Comisión pudo sin gran dificultad, gracias a esas evidentes analogías, seleccionar opciones fundamentales con un alto grado de confianza en su idoneidad final. Por lo que respecta al régimen de las consecuencias adjetivas, en cambio, el estudio comparativo de los problemas «correspondientes» de derecho interno —o sea, de las normas que rigen los medios de obtener la cesación del comportamiento ilícito y la reparación de los daños materiales y morales que éste haya causado— lleva a la conclusión totalmente opuesta. Si se examinan tanto la práctica como la doctrina del derecho internacional en este campo, difícilmente se descubrirá alguna semejanza.

3. El segundo rasgo distintivo fundamental es que, en esta esfera más que en ninguna otra, la falta de un marco institucional adecuado en la «sociedad de Estados» influye en la determinación de las características de cualquier reglamentación, actual o posible, del comportamiento de los Estados. Con eso se evocan concretamente dos aspectos de la igualdad soberana de los Estados —principio cuyo respeto la Carta de las Naciones Unidas impone a todos— que consisten, por una parte, en la tendencia de todo Estado, grande, mediano o pequeño, a no aceptar por lo general ninguna autoridad superior y, por otra parte, en el contraste entre la igualdad que todo Estado puede exigir conforme a derecho y las desigualdades de hecho que inducen a los Estados más fuertes a imponer su poder económico, cuando no militar, en detrimento de dicho principio. De ahí que, salvo en supuestos limitados e infrecuentes, el modelo representado por los remedios jurídicos de que disponen las sociedades nacionales contra el comportamiento lesivo sirva de poco al «legislador» internacional. Para decirlo sin rodeos, mediante una viejísima imagen, en ningún otro momento parece el «rey» más «desnudo» que cuando se pasa de las normas bastante satisfactorias relativas a las consecuencias sustantivas de la responsabilidad del Estado al estudio de los medios disponibles para obtener reparación. El hecho de que esto sea tan obvio que parece trivial no disminuye en absoluto las dificultades a que hay que hacer frente en este campo.

4. Ciertamente, la práctica en esta esfera es abundante, pero de calidad cada vez más diversa y muchas veces muy difícil de evaluar. En lo que concierne a la mayoría de los casos de represalias clásicas, ejecutadas dentro de un marco estrictamente bilateral, pero frecuentemente de dudosa conformidad con lo que es probablemente la mejor interpretación de las viejas normas y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, se distinguen dos novedades principales. Por una parte, está el tímido y no muy feliz intento de institucionalización, en los planos universal o regional, de procedimientos imparciales. Por otra parte, hay casos de colectivización parcial de las medidas adoptadas por grupos de Estados ocasionalmente concertados contra el «autor del hecho lesivo» del momento, principalmente fuera del marco institucional de vocación universal. Esas prácticas, que aunque en cierto modo se mantienen dentro del modelo bilateral clásico «Estado lesionado-Estado autor», no parecen ofrecer, sean cuales fueren las circunstancias de cada caso particular, las garantías indispensables de regularidad y objetividad. Cuesta mucho a veces determinar el contenido exacto de ciertas normas generales que algunas de las denominadas prácticas unilaterales ponen en tela de jui-

[1] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1.

[2] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1.

[3] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte) [véase nota 1 *supra*], párrs. 6 a 20.

[4] Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)*.

cio. La incertidumbre es manifiesta en la doctrina de los llamados regímenes «autónomos», y parece difícil definir las tendencias futuras de la evolución progresiva del derecho y determinar la dirección en que la Comisión prudencialmente podría examinar mejoras y formular propuestas a la Asamblea General y, finalmente, a los Estados. Uno de los aspectos decisivos de esta parte de la labor de la Comisión parece ser la de concebir los medios por los cuales —haciendo hincapié en los mejores elementos de *lex lata* o en un desarrollo cuidadosamente progresivo— sería posible reducir esa importante fuente de preocupación que representan los efectos de la gran desigualdad que se manifiesta entre los Estados en el ejercicio de su facultad (y quizás obligación) de aplicar contramedidas. Como se señalaba en el segundo informe[5] —aunque no sin que se pusiera en duda la afirmación— las normas secundarias sobre cesación y reparación son hasta cierto punto relativamente más «objetivas» que muchas normas primarias. Sus disposiciones se aplican en realidad en provecho o en perjuicio de todos los Estados por igual, porque cualquier Estado, sea débil o fuerte, rico o pobre, puede encontrarse con la misma frecuencia en la posición de Estado lesionado o en la de infractor de la norma. Aunque puedan aplicarse en el caso de las consecuencias sustantivas, seguramente no sucede lo mismo en lo que concierne a las contramedidas. A falta de compromisos adecuados de solución mediante intervención dirimente de un tercero, el país poderoso o rico puede gozar más fácilmente de una ventaja sobre el débil o necesitado en el ejercicio del medio de reparación de que se trate.

5. Está por verse si la Comisión podrá hacer más a este respecto en el futuro. Así como la eliminación de la principal fuente de conflicto y división ideológicos constituye un elemento positivo, esa importantísima novedad no está exenta de efectos preocupantes. Al mismo tiempo, otras señales de reciente aparición en primer plano son todavía bastante difíciles de interpretar. Una de las más nuevas es la del vago y ambiguo concepto de un «nuevo orden internacional»[6].

6. El presente informe ha sido preparado a la luz de las peculiaridades de la materia antes señaladas y de las incertidumbres y preocupaciones que éstas suscitan, sobre todo en la esfera de los crímenes. ¿Pero acaso existe una clara y firme línea de demarcación entre los crímenes y los delitos más graves? La principal finalidad del presente informe es distinguir los problemas, las opiniones y las posibles soluciones, y provocar tanto en la Comisión como fuera de ella comentarios y críticas que puedan servir de punto de partida para presentar unas ideas y propuestas más pensadas.

7. En vista de la variedad y el carácter problemático de los términos empleados para designar las medidas de que se trata, los capítulos técnicos o de fondo del presente informe irán precedidos de un capítulo preliminar sobre terminología. Ello permitirá reducir las ambigüedades que se derivan de la diversidad de significados atribuidos a esos términos tanto en la doctrina como en la práctica.

[5] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte) [véase nota 2 *supra*], párr. 33

[6] La grave crisis en relación con la cual surgió el concepto del «nuevo orden internacional» ha producido también algunas interesantes novedades con respecto a las consecuencias de esa crisis que guardan relación con la responsabilidad de los Estados. Véase el informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento del párrafo 19 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991 (documento S/22559).

CAPÍTULO I

Las medidas objeto de estudio

8. La práctica internacional muestra que los Estados pueden recurrir a diversas medidas para lograr el cumplimiento de las obligaciones que nacen de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito o para reaccionar de otro modo contra tal hecho. La práctica y la doctrina clasifican tales medidas en categorías independientes según afinidades jurídicas y de hecho. Se descubre así una variedad de denominaciones, algunas de las cuales se refieren al mismo concepto mientras que varias otras coinciden parcialmente en diversos aspectos y se interpretan de forma diferente según su evolución histórica y su elaboración doctrinal. Las más generalmente utilizadas son la legítima defensa (más o menos diferenciada del concepto más amplio de autotutela), la sanción, la retorsión, las represalias, la reciprocidad, las contramedidas, la resolución y suspensión de los tratados y la excepción *inadimplenti non est adimplendum*. En inglés se habla también generalmente de *unilateral remedies* (remedios unilaterales) y en francés de *réactions décentralisées* (reacciones descentralizadas), probablemente en comparación con las *réactions centralisées* (reacciones centralizadas).

A.—La legítima defensa

9. El concepto de legítima defensa, que es quizás uno de los más frecuentemente utilizados en la práctica, ha sido analizado a fondo por los tratadistas[7], principalmen-

[7] Véanse, entre otros, Waldock, «The regulation of the use of force by individual States in international law», en *Recueil des cours..., 1952-II*, págs. 455 a 515, McDougal y Feliciano, «Legal regulation of resort to international coercion: Aggression and self-defense in policy perspective», en *Yale Law Journal*, mayo 1959, págs. 1057 a 1165, Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, págs. 214 a 308, Delivanis, *La légitime défense en droit international public moderne — Le droit international face à ses limites*, Schwebel,

te a la luz de las posiciones oficiales adoptadas por los Estados y de los pronunciamientos de los organismos internacionales. No obstante, a los efectos de las consecuencias adjetivas de los delitos internacionales, no parece necesario examinar detalladamente todos los complejos problemas jurídicos que plantea el concepto de legítima defensa. En realidad, la Comisión se ha pronunciado sobre la legítima defensa en el contexto del artículo 34 de la primera parte del proyecto de artículos[8]. El Relator Especial, prescindiendo de su convicción personal acerca de la posición aprobada entonces con respecto a la legítima defensa como circunstancia que excluye la ilicitud, estima preferible, al menos por ahora, no apartarse del significado adoptado en dicho contexto.

10. Del comentario al artículo 34 se desprende que la legítima defensa tiene que entenderse como «una forma de reacción» contra un «hecho internacionalmente ilícito caracterizado»[9]; es decir, como una reacción armada unilateral contra un ataque armado. Esa reacción consistiría en una forma de «autoprotección armada»[10], excepcionalmente permitida por el «orden jurídico internacional» —que actualmente ha emprendido el camino «de una prohibición auténtica y total del empleo de la fuerza»— en caso de defensa «contra un ataque armado de otro sujeto realizado en violación de dicha prohibición»[11]. En particular, la Comisión, considerando que «una codificación que se realice en el marco y bajo los auspicios de las Naciones Unidas no puede inspirarse en criterios que, desde cualquier punto de vista, no estén en plena conformidad con aquellos en los que se inspira la Carta, sobre todo cuando, como en el caso presente, se trata de una materia que afecta a un sector tan delicado como el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»[12], concluyó que el significado jurídico propio de ese concepto, a los efectos del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, sólo podía ser en este caso «la suspensión y supresión completa del deber de cumplir... la obligación general de abstenerse del uso o de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales»[13]. De ese modo, la Comisión deseaba «permanecer fiel al contenido y al alcance de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas y basarse en esas normas para la formulación» del artículo 34 del proyecto[14].

11. Aun cuando la Comisión no quiso tomar posición «en cuanto a la cuestión de la identidad total de contenido entre la norma enunciada en el Artículo 51 de la Carta y la norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la legítima defensa»[15], es muy probable que esa identidad exista, como ha afirmado la CIJ en su sentencia en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*[16]. El derecho internacional (consuetudinario) general, al tiempo que incluía una prohibición de la fuerza tan amplia como la enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, desarrollaba también un régimen de legítima defensa idéntico al régimen establecido en el Artículo 51. De resultas de ello probablemente no haya lugar para ninguno de esos conceptos más amplios de la legítima defensa que parte de la doctrina —y la práctica misma de los Estados— parece dar por sentado que han sobrevivido a la Carta (como un derecho consuetudinario inherente) sobre la base del derecho internacional general[17]. Aunque, como se verá más adelante, la doctrina y la práctica que se inspiran en esa concepción no son ciertamente nada desdeñables, sus méritos jurídicos se examinarán, salvo en lo que concierne a algunas observaciones generales que se exponen más abajo en los párrafos 98 y 99, sólo en relación con las consecuencias de los crímenes internacionales, que se estudiarán en una etapa posterior.

12. El concepto más general de autotutela, que la Comisión ha evitado hasta ahora, no sería útil a los efectos del presente informe, e incluso pudiera inducir a error. Es evidente que, en una sociedad predominantemente inorgánica, en la que la protección unilateral de los derechos subjetivos depende tanto de los Estados considerados individualmente, o de grupos de Estados, el concepto de autotutela caracteriza finalmente *todo el conjunto* de las relaciones interestatales[18]. Pero la codificación de las normas sobre la responsabilidad de los Estados exige emplear una terminología más precisa y mejor perfilada, que permita subrayar las diferencias de régimen jurídico entre las diversas formas de reacción contra un hecho internacionalmente ilícito para que sea posible efectuar las debidas distinciones entre las formas

---

«Aggression, intervention and self-defence in modern international law», *Recueil des cours..., 1972-II*, págs 411 a 498, Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Žourek, «La notion de legitime defense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1975*, págs 1 a 69, Taoka, *The Right of Self-Defence in International Law*. Ago, Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario 1980*, vol II (primera parte), pág 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párrs 82 a 124, Cassese, commentaire relatif à l'Article 51 de la Charte, en *La Charte des Nations Unies*, págs 771 a 794, Combacau, «The exception of self-defence in United Nations practice», en *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, págs 9 a 38, Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, y Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite — Des contre-mesures à la légitime défense*, págs 291 a 335

[8] Véase el comentario al artículo 34 en *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), págs 50 a 59 Véase un tratamiento doctrinal de la postura adoptada por la Comisión sobre la legítima defensa en Alland, «International responsibility and sanctions Self-defence and countermeasures in the ILC codification of rules governing international responsibility», *United Nations Codification of State Responsibility*, págs 143 y ss ; y Malanczuk, «Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on State responsibility», *ibid*, págs 197 y ss

[9] Véase *Anuario. 1980*, vol II (segunda parte) [nota 8 *supra*], pág 52, párr 5.

[10] *Ibid.*, párr 7

[11] *Ibid*, pág 53, párr 9

[12] *Ibid*, pág 57, párr 20

[13] *Ibid*, pág 58, párr. 24

[14] *Ibid*, párr 20

[15] *Ibid*

[16] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), C I J Recueil 1986*, pág 14, véanse también págs 102 a 106, párrs 193 a 201

[17] Sobre este punto, véase párr 100 *infra*

[18] Sobre la autotutela, véanse Heilborn, *Das System des Volkerrechts entwickelt aus den volkerrechtlichen Begriffen*, págs 325, 334 y 371, Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol III, págs 155 y ss, Bowett, *Self-defence in International Law*, pág 11, Verdross, *Volkerrecht*, pág 428, Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, págs 11, 83 y ss (y *passim*), Lamberti Zanardi, *op cit*, pág 15, Ago, Adición al octavo informe (nota 7 *supra*), párr 95, y Partsch, «Self-preservation», *Encyclopedia of Public International Law*, págs 217 a 220

lícitas e ilícitas de tales reacciones y sus caracteres distintivos.

B.—Las sanciones

13. El concepto de sanción, que ya es problemático en la teoría general del derecho, lo es aún más claramente en la doctrina y la práctica de la responsabilidad internacional. Lo único indudable es que versa sobre un concepto esencialmente relativo que puede ser objeto de varias definiciones. Se propone, sin embargo, dejar a un lado las definiciones más amplias con arreglo a las cuales se calificaría de sanción cualquiera de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, incluidas no sólo las medidas por las que los Estados pueden lograr la cesación o reparación, sino también el derecho sustantivo a obtener la cesación o la reparación, o ambas cosas.

14. En una obra relativamente reciente y que goza de cierto predicamento se identifican las sanciones internacionales y «las consecuencias de un hecho [internacionalmente] ilícito, desfavorables para el infractor, previstas o reconocidas por el derecho internacional». Desde ese punto de vista, por «acto sancionador» se entiende «toda conducta perjudicial para los intereses del Estado autor del hecho punible tendente a la consecución de fines de reparación, punición y, quizás, prevención, y prevista por el derecho internacional o simplemente no prohibida por él»[19]. Definida así, la sanción parecería que abarca no sólo las medidas de retorsión y represalia —que comprenden las llamadas medidas de «reciprocidad» (párrs. 28 a 32 *infra*)—, sino también la legítima defensa. Otros especialistas, en análisis recientes, sostienen que esa definición es aceptable salvo en la medida en que hace extensivo el concepto a los actos de legítima defensa. Tales actos no serían realmente sanciones por las mismas razones por las que se distinguen de las represalias[20].

15. En la doctrina jurídica contemporánea, sin embargo, prevalece al parecer un concepto más concreto y limitado de las sanciones[21], que también encuentra cierto apoyo en los trabajos de la Comisión misma. Así, la Comisión, al emplear en el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos[22] los términos «medidas» y «contramedidas» en vez del término «sanción» propuesto por Ago para designar las formas de reacción contra un acto ilícito denominadas «unilaterales» u «horizontales» (de Estado a Estado), reservó en realidad el término «sanción» a las medidas adoptadas por un organismo internacional. Se trataba, en particular, de las medidas internacionales adoptadas por tal organismo a raíz de un hecho ilícito que tuviese «graves consecuencias para toda la comunidad internacional, especialmente ciertas medidas [adoptadas por] las Naciones Unidas... dentro del marco del sistema previsto por la Carta, con miras al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»[23]. El Relator Especial entiende que el escaso carácter «vertical» de las medidas adoptadas por los organismos internacionales tal vez no justifique realmente el abandono de un concepto que puede cumplir todavía un fin útil para describir la función de esas medidas estatales estrictamente unilaterales u «horizontales» de las que tanto depende aún la efectividad del derecho internacional. Teniendo en cuenta la relación muy estrecha entre la función de las sanciones y la «efectividad o incluso la existencia del derecho internacional», así como además la estructura esencialmente inorgánica de la sociedad internacional y la dificultad de distinguir entre los aspectos «civiles» y «penales» de la responsabilidad de los Estados, este concepto —al igual que el concepto de represalias— sigue siendo indispensable para el estudio analítico de la responsabilidad internacional[24]. Sin embargo, ateniéndose a la decisión de la Comisión, considera más apropiado reservar el término sanción a las medidas adoptadas por organismos internacionales. Sólo al abordar el examen de las consecuencias de los crímenes será útil quizás estudiar si el término «sanción» pueda hacerse extensivo a medidas que, aunque emanadas de los Estados colectivamente, no pueden considerarse medidas adoptadas por un organismo internacional.

C.—La retorsión

16. Según la mayoría de los tratadistas, el término «retorsión» abarca las reacciones de un Estado contra un acto ilícito, poco amistoso, que a su vez son poco amistosas aunque no ilícitas[25]. El término es utilizado, en parte en un sentido diferente, por Politis[26], Oppenheim[27],

---

[19] Forlati Picchio, *op. cit.*, pág. 40. De esta obra se han publicado las siguientes recensiones: en francés por Rousseau en la RGDIP, París, 1978, págs. 557 y 558, en inglés por Ferrari Bravo en el *Italian Yearbook of International Law*, vol. I, 1975, págs. 377 a 379, y en alemán por Verdross en la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 28, 1977, págs. 374 y 375.

[20] Lattanzi, «Sanzioni internazionali», en *Enciclopedia del diritto*, párr. 2.

[21] De Guttry, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, pág. 36; Leben, «Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale», *Annuaire français de droit international, 1982*, pág. 19. Dupuy parece situarse fundamentalmente en la misma línea en «Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite», RGDIP, 1983, pág. 517. Al emplear esa expresión para indicar las medidas adoptadas por diversos Estados, como probable reacción contra violaciones *erga omnes*, Dupuy parece distinguir tales medidas de las represalias «horizontales» ordinarias y situarlas en un punto más cercano a las medidas «verticales» («sanciones») previstas por los organismos internacionales, análogamente, Dominicé, «Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite», *Droit international 2*, pág. 33, y el debate de la CDI sobre el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, *Anuario 1979*, vol. I, sesiones 1544ª y 1545ª.

[22] Véase *Anuario 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[23] Véanse *Anuario 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 145, párr. 21, y Malanczuk, *loc. cit.*, pág. 206.

[24] Véanse Combacau, «Sanctions», *Encyclopedia of Public International Law*, 1986, págs. 337 a 341, y Partsch, «Reprisals» y «Retorsion», *ibid.*, págs. 330 a 337.

[25] Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, pág. 6; Sur, «L'application du droit international», *Droit international public*, 1975, pág. 192; Zemanek, «Responsibility of States General principles», *Encyclopedia of Public International Law*, 1987, pág. 370; Partsch, «Retorsion», *loc. cit.*, pág. 335.

[26] «Le régime des représailles en temps de paix», *Annuaire de l'Institut du droit international*, 1934, pág. 10.

[27] *International Law. A Treatise*, págs. 134 y 135.

Morelli[28], Skubiszewski[29] y Paniagua Redondo[30], que lo limitan a las medidas poco amistosas adoptadas en respuesta a actos igualmente poco amistosos, excluyendo así las medidas poco amistosas adoptadas en respuesta a hechos ilícitos. De ese modo quedarían excluidas del concepto (y quizás al margen de toda sistematización) las medidas poco amistosas adoptadas como reacción contra un hecho ilícito. Se considera más práctico utilizar a los presentes efectos el término «retorsión» para designar el acto de enemistad, aunque lícito, ejecutado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito.

17. Algunos autores tienden a referirse, al tratar de la retorsión, a la esfera de actividad discrecional de cada Estado[31]. Otros prefieren hablar de una esfera de comportamiento no reglado de los Estados o de cortesía internacional[32]. Otros aún hacen hincapié en la existencia en el comportamiento habitual de los Estados de un margen favorable a otro Estado o a sus nacionales[33]. Dicho margen abarcaría las medidas de retorsión, esto es, los actos que privan al Estado supuestamente responsable de una ventaja a la que realmente no tenía derecho antes del hecho ilícito[34]. Sumándose a la doctrina jurídica predominante, el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, incluye la suspensión de las relaciones diplomáticas entre las medidas de retorsión. A su juicio, dada la inexistencia de una obligación *de lege lata* a este respecto, la suspensión de relaciones diplomáticas no es un hecho ilícito ni una medida de represalia. Dicha medida puede adoptarse siempre en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito[35].

18. Aunque los actos de retorsión pertenecen en sí mismos a la esfera del comportamiento lícito o permisible, algunos tratadistas se preguntan si el recurso a tales actos no está sujeto a limitaciones jurídicas. Por ejemplo, Schachter se refiere al supuesto en que «un acto por lo demás permisible se considera un objetivo ilegal»[36]. De Guttry menciona la posible contradicción entre los actos de retorsión que pueden poner en peligro «la paz y la seguridad internacionales y la justicia» y la obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta[37].

19. Si se acepta que el concepto de retorsión abarca actos que no son en sí ilícitos (aunque sean poco amistosos), tal concepto no ha de tener cabida en el marco de la codificación de la responsabilidad de los Estados. Los actos de retorsión, aunque pueden ser y son ejecutados como reacción contra un hecho internacionalmente ilícito, no dan origen a los problemas jurídicos típicos de otras formas de reacción que se estudiarán en relación con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Con todo, cabe hasta cierto punto que haya que examinar los actos de retorsión, dado que la práctica internacional no siempre establece una distinción clara entre las medidas consistentes en violaciones de obligaciones internacionales y las medidas que no traspasan el umbral de la ilicitud.

D.—Las represalias

20. Después de considerar y dejar a un lado los conceptos de legítima defensa, sanción y retorsión, hay que pasar a examinar otro concepto tradicional, el más antiguo e importante de todos: las represalias.

21. Quizás sea útil recordar que el concepto de represalias designaba originalmente, en los ordenamientos que rigen las relaciones entre particulares, las medidas a que recurría directamente el ofendido como medio de obtener reparación en forma inmediata. En la Edad Media, el que había sufrido una injusticia en un país extranjero, y a quien el soberano de ese país había denegado formalmente satisfacción, podía acudir a su propio soberano y solicitar una «carta de marca». Estas «cartas de marca» contenían una autorización oficial del soberano al ofendido para que éste ejerciera represalias contra los bienes de los nacionales del Estado extranjero en su propio país o en el mar[38]. Más tarde, las «represalias privadas» fueron sustituidas por las represalias «públicas» o «generales», a las que sólo las «naciones» tenían derecho a recurrir[39].Vattel describía las represalias de la manera siguiente:

> Las naciones recurren a las represalias en sus relaciones mutuas para lograr por sí mismas que se haga justicia cuando no pueden conseguirla de otro modo Si una nación se ha apoderado de algo que pertenece a otra —si se niega a pagar una deuda, reparar un daño o dar por él cumplida satisfacción—, ésta puede adueñarse de algo perteneciente a aquélla y utilizarlo en provecho propio hasta obtener el pago de lo que se le adeuda, más los intereses y el resarcimiento de los daños y perjuicios, o conservarlo como prenda hasta haber recibido completa satisfacción[40]

22. La mayoría de los tratadistas modernos consideran las represalias como un comportamiento que, «siendo ilícito en sí mismo en cuanto que entraña la violación del derecho de otro sujeto, pierde su carácter ilícito por el

---

[28] *Nozioni di diritto internazionale*, pág 361

[29] «Use of force by States Collective security. Law of war and neutrality», en *Manual of Public International Law*, pág 753

[30] «Las represalias en el derecho internacional Perspectiva histórica», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, págs 160 y ss

[31] Leben, *loc. cit.*, pág 14

[32] Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies an Analysis of Countermeasures*, págs. 5 y ss En cuanto a la limitación de la esfera de discrecionalidad (de las medidas de retorsión) como consecuencia de la ampliación de la normativa internacional aplicable a las relaciones comerciales, véanse Partsch, *loc cit*, pág 336, y Gianelli, *Adempimenti preventivi al ricorso a misure di reazione all'illecito internazionale*, pág 22

[33] Reuter, *Droit international public*, 1983, pág 463

[34] Zoller, «Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public», en *Droit et libertés à la fin du XX^e siècle — Études offertes à Claude-Albert Colliard*, 1984, pág 361

[35] *Anuario 1983*, vol II (primera parte), pág 22, documento A/CN 4/366 y Add 1, párr 110

[36] «International law in theory and practice—General course in public international law», *Recueil des cours , 1982-V*, pág 185

[37] Véanse De Guttry, *op cit*, págs 25 y 26, y Weber, «Unfriendly Act», *Encyclopedia of Public International Law*, 1982, pág 253

[38] La Brière, «Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles», *Recueil des cours , 1928-II*, pág 255

[39] Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, libro II, cap XVIII, pág 296, párr 347

[40] *Ibid*, pág 294, párr 342 Ya se encuentran descripciones análogas en Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, y Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol III, pág 32

hecho de constituir una reacción contra un acto ilícito cometido por ese otro sujeto»[41]. Anzilotti definió las represalias como «actos objetivamente ilícitos por los que un Estado reacciona contra el perjuicio que le ha causado otro Estado»[42]. El Instituto de Derecho Internacional adoptó en 1934 una definición menos concisa, según la cual las represalias son «medidas coercitivas, que constituyen una excepción a las normas ordinarias del derecho de gentes, adoptadas por un Estado a raíz de un acto ilícito cometido en perjuicio suyo por otro Estado y que tienen por objeto imponer a éste, por medio de un daño, el respeto del derecho»[43].

23. En la doctrina contemporánea algunos autores proponen un concepto restringido de las represalias, por el que se excluyen las medidas de reciprocidad. El término «represalias», pues, abarca sólo las reacciones contra un hecho ilícito que violan una norma diferente de la infringida por el hecho ilícito mismo: «Mientras que la reciprocidad supone el incumplimiento de una obligación similar (idéntica o equivalente) a la obligación violada, las represalias consisten en el incumplimiento de una norma diferente»[44]. A su tiempo se volverá a tratar de la cuestión de la reciprocidad[45].

24. De acuerdo con una opinión muy generalizada, el término «represalias» se aplica preferentemente a las medidas adoptadas como reacción a un hecho internacionalmente ilícito por la parte lesionada contra el Estado ofensor (medidas «horizontales»), mientras que el término «sanción» se aplica más apropiadamente, como se ha indicado antes, a las medidas adoptadas contra el Estado autor del hecho lesivo por un organismo internacional (las llamadas medidas «verticales»).

25. Considerando la clarísima connotación que el término «represalias» ha adquirido en la práctica y la doctrina de las reacciones unilaterales de los Estados contra los hechos internacionalmente ilícitos, el Relator Especial entiende que la mayoría de tales reacciones —siempre que no constituyan actos de retorsión o de legítima defensa— están comprendidas, en principio, dentro de ese término clásico. Las razones por las cuales quizás sean preferibles otros términos estriban, bien en la mayor generalidad de éstos (como ocurre en especial con las voces «medidas» o «contramedidas»), o bien en la frecuente asociación de los actos de represalia con la idea de medidas que implican el uso de la fuerza[46].

E.—Las contramedidas

26. Como indicaba el Relator Especial en el informe preliminar[47], el término «contramedidas» ha aparecido recientemente en la terminología de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito[48]. Ejemplos destacados de su empleo figuran en las decisiones dictadas en los asuntos relativos al *Acuerdo de servicios aéreos*[49], el *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[50] y las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*[51]. El artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, aprobado en primera lectura, utiliza el término «medida» en el texto y «contramedidas» en el título[52].

27. Aunque se han expresado opiniones diferentes en la doctrina con respecto tanto al grado de idoneidad del término «contramedidas» como de los tipos de medidas que ese término abarca[53], los tratadistas parecen inclinarse generalmente a considerar el concepto como el más idóneo para englobar la generalidad de las medidas a que cabe recurrir para lograr la cesación o reparación[54]. Varios autores han señalado que la Comisión misma interpretó ese término, tal como se emplea en el artículo 30 de la primera parte del proyecto, en el sentido de abarcar tanto las medidas tradicionalmente calificadas de represalias como las «sanciones» decididas o aplicadas por organismos internacionales[55]. Aunque a juicio del Relator Especial nada se opone a una interpretación del término tan amplia como la del mencionado artículo del proyecto, lo utilizará (aquí y en el ulterior desarrollo de las consecuencias de los delitos) para designar fundamentalmente las reacciones denominadas unilaterales u «horizontales» de uno o varios Estados contra un hecho internacionalmente ilícito, con exclusión de la legítima defensa y los actos de retorsión. Dejando a un lado por ahora la elección del término o los términos que se consideren más idóneos en relación con los artículos del proyecto que regularán los aspectos pertinentes de las consecuencias adjetivas, de forma o procesales de los he-

[41] Morelli, *op. cit.*, pág 361.

[42] *Cours de droit international*, 1929, pág. 515.

[43] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, vol. 38, París, pág. 708.

[44] Zoller, *op. cit.*, pág. 43

[45] Véase secc. F *infra* (párrs 28 a 32)

[46] Véase, sobre este último punto, Dominicé, *loc. cit.*, pág. 33.

[47] Véase nota 1 *supra*.

[48] *Ibid.*, párr 14, nota 12

[49] Asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 entre los Estados Unidos de América y Francia*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol XVIII (N.° de venta E/F.80.V.7), págs 454 y ss.

[50] Sentencia de 24 de mayo de 1980, *C I J Recueil 1980*, pág 3.

[51] Nota 16 *supra*

[52] Nota 22 *supra*

[53] Elagab parece excluir las represalias «violentas» (*The Legality of Non-forcible Counter-Measures in International Law*, pág. 4); Zoller parece considerar que el término abarca todas las medidas no armadas y la suspensión de la aplicación de los tratados, con exclusión de la reciprocidad y la terminación de los tratados A su juicio, una característica esencial de las contramedidas es su finalidad coercitiva, que existe sólo en los casos en que la reacción rebasa el límite de «identidad/equivalencia» (reciprocidad) y no existe en el caso de la adopción de una medida tan definitiva como la terminación del tratado (*op. cit.*, pág. 75). El *Restatement of the Law Third* emplea el término contramedidas en el artículo 905 («remedios unilaterales»). Según el «comentario», las contramedidas son medidas que serían ilícitas si no se hubieran adoptado en respuesta a una violación, e incluyen: la suspensión o terminación de las relaciones convencionales en general o de una disposición o un acuerdo internacional en particular; el bloqueo de los haberes del Estado ofensor, y la imposición de otras sanciones económicas [*Foreign Relations Law of the United States*, vol 2, St. Paul (Minn), American Law Institute Publishers, 1987, págs 380 y 381]

[54] Véanse, *inter alios*, Reuter, *op cit*, pág 465, y Dupuy, *loc cit*, pág 527

[55] Malanczuk, *loc cit*, págs 203 y ss , Leben, *op cit*, págs 15 a 17, Dominicé, *loc. cit.*, pág 33, y Dupuy, *loc cit*, pág 528

chos internacionalmente ilícitos, puede decirse que el término «contramedidas» parece ser (pese a las reservas iniciales) el más neutro y, como tal, el que mejor abarca los diversos tipos de medidas que los Estados lesionados pueden estar facultados legítimamente a adoptar individual o colectivamente contra el Estado autor o los Estados autores. Ello sin perjuicio, por ahora, de las subdivisiones que el Relator Especial o, fundamentalmente, la Comisión consideren apropiadas.

F.—Las medidas de reciprocidad

28. La principal cuestión que aquí se plantea es la de determinar si está justificada y es útil en la práctica la distinción entre represalias (o las contramedidas calificadas de represalias), por una parte, y las medidas adoptadas, por así decirlo, a título de simple reciprocidad, por otra.

29. Como es bien sabido, el concepto (y «principio») de reciprocidad se aplica en diversas esferas del derecho y las relaciones internacionales.

La reciprocidad expresa la idea de torna, de vínculo entre lo que se da por ambas partes. De ese vínculo pueden deducirse varias consecuencias jurídicas, en lo que concierne especialmente a la exigibilidad de las obligaciones correspondientemente contraídas. Interpretando esa idea de torna con más amplitud aún, para justificar toda simetría de actitudes, se encuentra la reciprocidad como base de la retorsión y las represalias[56].

Apartándose de ese sentido muy amplio, varios autores emplean el término «reciprocidad» para designar cierto tipo de reacción unilateral contra un hecho internacionalmente ilícito. Según el anterior Relator Especial, por ejemplo: «Por reciprocidad se entiende la acción consistente en el incumplimiento por parte del Estado lesionado de obligaciones impuestas por la misma norma que ha sido violada por el hecho internacionalmente ilícito, o por una norma relacionada directamente con ella»[57].

30. Otros autores distinguen más claramente dos tipos posibles de reciprocidad. El primero es la reciprocidad «por identidad» *(by identity, par identité)*, en el supuesto en que la reacción tiene lugar en «circunstancias que son exactamente las mismas para ambas partes». El segundo es la reciprocidad «por equivalencia» *(by equivalence, par équivalence)*, en el supuesto en que «no puede garantizarse la identidad de circunstancias», es decir, cuando los Estados «no están vinculados por las mismas obligaciones»[58]. En el segundo supuesto, la reciprocidad adoptará la forma de incumplimiento de la obligación que constituye el *quid pro quo* de la otra parte (esto es, lo que Forlati Picchio llama *prestazione corrispettiva*) o el incumplimiento de una obligación de «igual valor o igual contenido» (como la denomina Zoller) que la obligación recíproca infringida.

31. Aunque la mayoría de los autores estima que la «reciprocidad por equivalencia» no corresponde a un tipo de medidas distinto de las represalias o, más generalmente, las contramedidas, algunos tratadistas parecen sostener que las medidas de reciprocidad son distintas y, por lo tanto, deben estar sujetas a un régimen jurídico diferente[59]. Por otra parte, el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, examinó las medidas de reciprocidad dentro del marco general de las contramedidas, pero les dedicó una disposición separada del artículo del proyecto relativo a las represalias. Esa distinción era necesaria, a su juicio, porque las medidas adoptadas a título de reciprocidad están destinadas a restablecer el equilibrio entre la posición del Estado ofensor y la de la parte lesionada, mientras que, en cambio, las represalias tienen por objeto «ejercer presiones» sobre el Estado ofensor con el fin de lograr el cumplimiento de la nueva obligación dimanante del hecho ilícito. Por lo que respecta a la base conceptual de las medidas de reciprocidad, Riphagen la descubre en la existencia de la relación sinalagmática o el «intercambio de prestaciones» que constituye el objeto y la razón de ser de la norma infringida. De ese modo, la reciprocidad se conseguiría mediante la suspensión, por parte del Estado lesionado, del cumplimiento de las obligaciones correspondientes a las violadas por el Estado ofensor. Las represalias, por el contrario, presuponen la inexistencia de un vínculo jurídico entre la obligación infringida y las obligaciones cuyo cumplimiento es suspendido por el Estado lesionado[60].

32. La cuestión tiene que resolverse mediante un estudio detenido de la práctica. La práctica de los Estados debería poner de manifiesto, en especial, si las reacciones calificadas de «medidas de reciprocidad» son o deben estar sujetas a condiciones, limitaciones u otros requisitos diferentes de los que rigen en el caso de las represalias o contramedidas en general, o si las características especiales que esas medidas de reciprocidad pueden presentar están justificadas simplemente por una aplicación más precisa de los mismos principios que rigen las represalias o contramedidas en general.

[56] Virally, «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *Recueil des cours..., 1967-III*, pág 100 Véase, en el mismo sentido, Simma, «Reciprocity», *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, págs 402 a 404 La opinión contraria según la cual el fundamento de las represalias es distinto de la reciprocidad ha sido expresada por Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, págs 24 y 25

[57] Véase *Anuario .. 1984*, vol. I, 1867ª sesión, párr. 33.

[58] Zoller, *op cit*, págs 19 y 20, Virally, *loc. cit.*, págs 22 y ss ; y Forlati Picchio, que habla de *sospensione della prestazione reciproca* con respecto a la reciprocidad por identidad y de *sospensione della prestazione corrispettiva* con respecto a la reciprocidad por equivalencia (*op cit.*, pág 93, nota 116)

[59] Zoller, *loc. cit*, pág 364

[60] Véase *Anuario . 1985*, vol II (primera parte), pág 3, documento A/CN 4/389, comentario al artículo 8, pág 11 La distinción propuesta por Riphagen ha sido criticada explícitamente por Pisillo Mazzeschi, «Termination and suspension of treaties for breach in the ILC works on State responsibility», en *United Nations Codification of State Responsibility*, 1987, pág 794, que comparte la concepción predominante de la reciprocidad como forma específica de represalias También ha sido criticada por Malanczuk, «Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht*, 1985, pág 315

G.—La máxima *inadimplenti non est adimplendum* y la suspensión y terminación de los tratados

33. Se plantea una cuestión análoga en relación con las medidas comúnmente designadas mediante la máxima *inadimplenti non est adimplendum* y con respecto a la terminación de los tratados y la suspensión de su aplicación. Como es bien sabido, el principio *inadimplenti non est adimplendum*, aunque literalmente parecería ser aplicable al incumplimiento de *cualquier* obligación internacional, independientemente de su origen convencional o consuetudinario, se utiliza tradicionalmente para designar las llamadas medidas de reciprocidad en el marco de un tratado[61].

34. Por terminación de los tratados y suspensión de su aplicación se entienden, por supuesto, las consecuencias especiales del incumplimiento de las obligaciones convencionales codificadas en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Parte de la doctrina considera que esas dos consecuencias son corolario de la máxima *inadimplenti non est adimplendum*. Para esa parte de la doctrina la reciprocidad se manifiesta cuando la acción y reacción ilícitas se sitúan ambas en el contexto del tratado, cuyo incumplimiento estará (en determinadas circunstancias) justificado. Como se ha señalado más arriba (párrs. 31 y 32) con respecto a la relación entre las represalias y la reciprocidad, también en este caso se trata fundamentalmente —salvo algunas características peculiares secundarias, aunque en absoluto desdeñables— de sólo un tipo de represalias[62]. Otra parte de la doctrina, aunque reconoce que la terminación de los tratados y la suspensión de su aplicación son modalidades del principio *inadimplenti non est adimplendum*, hace hincapié, sin embargo, en la autonomía de la suspensión y la terminación a tenor o al margen del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[63]. La autonomía de la suspensión y la terminación con respecto a las represalias parece estar justificada por diferencias relativas, en particular: al fin de las medidas, que se entienden dirigidas a obtener directamente reparación en vez de limitarse a compeler al autor del hecho lesivo a dar reparación; a su objeto, que en el caso de la suspensión o la terminación se limitaría a responder al incumplimiento de una obligación convencional; y a la regulación de las condiciones procesales, que es más detallada.

35. El problema que aquí se plantea es el de determinar si la práctica justifica la distinción entre esas medidas «convencionales», como la terminación del tratado, y la suspensión de su aplicación, y las contramedidas en general, no sólo por razones meramente expositivas, sino también en razón del régimen jurídico que ha de codificarse o adoptarse de otro modo por vía de desarrollo progresivo. Al igual que el tema de las llamadas medidas de reciprocidad en general, las cuestiones relativas a esas dos medidas «convencionales», que afectan a la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados, tendrán que ser estudiadas más a fondo antes de poder elaborar el texto de unos proyectos de artículos.

---

[61] A este respecto, la declaración contenida en la Memoria (págs 37 a 41) presentada por los Estados Unidos de América al tribunal arbitral en el asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos* (véase nota 49 *supra*) es significativa

«El derecho internacional reconoce que una parte en un acuerdo que es violado por la otra parte puede suspender recíprocamente las obligaciones proporcionales contraídas en virtud del acuerdo. Las contramedidas posibles van de la terminación formal de un acuerdo en caso de violación grave a la suspensión provisional de los derechos correspondientes de la otra parte mientras siguen en vigor los demás derechos y obligaciones Como ha dicho la Comisión de Derecho Internacional, la violación de una obligación convencional, como la de cualquier otra obligación, puede dar nacimiento a un derecho de la otra parte a adoptar represalias no violentas, y esas represalias pueden muy bien afectar a los derechos que corresponden en virtud del tratado a la parte que ha contravenido a su obligación

»Este principio generalmente reconocido representa una de las sanciones más importantes que reconoce el derecho internacional, a saber, la reciprocidad Ningún Estado puede exigir válidamente de otros Estados, como obligación vinculante, un comportamiento que no está dispuesto a considerar vinculante para él

»Este derecho a adoptar contramedidas proporcionales ha sido afirmado expresamente en relación con acuerdos bilaterales de aviación internacional En su exhaustivo tratado, *The Law of International Air Transport* (pág 482), Bin Cheng estudia específicamente esta cuestión en relación con los acuerdos bilaterales de transporte aéreo del tipo Bermuda y la práctica del Reino Unido Su conclusión es la siguiente

»"Cuando en opinión de una de las partes (en un acuerdo del tipo Bermuda) la otra parte contratante ha cometido una violación del acuerdo [,] .. se aplica el principio *inadimpleti non est adimplendum* y la parte ofendida tiene derecho a tomar medidas de retorsión proporcionadas "»

[*Digest of United States Practice in International Law 1978*, Department of State Publication 9162, Washington (D.C.), págs 769 y 770]

Muchos autores emplean indistintamente, junto a la expresión *inadimpleti non est adimplendum*, la expresión *exceptio inadimpleti contractus*. Zoller parece defender una opinión diferente cuando se refiere a la *exceptio inadimpleti contractus* sólo con respecto a las obligaciones convencionales y considera la otra máxima *(inadimplenti non est adimplendum)* como simplemente otra manera de expresar el principio de reciprocidad, independientemente de la fuente (costumbre o tratado) de las obligaciones de que se trata (*op. cit*, pág 15; y *loc cit*, pág 364) Véanse asimismo Reuter, *op cit.*, pág 464, y Politis, *loc. cit.*, pág. 10, que considera que la *exceptio inadimpleti contractus* designa, en el contexto del derecho de los tratados, la negativa de un Estado a cumplir una obligación a causa del incumplimiento por la otra parte de la obligación correlativa (sinalagmática), negativa que no sería una medida de represalia, sino un modo lícito de dar por terminadas las obligaciones convencionales

[62] Véanse en ese sentido, *inter alios*, Morelli, *op cit.*, pág 327, Guggenheim, *Traité de droit international public*, tomo I, pág 227, Akehurst, «Reprisals by Third States», *The British Yearbook of International Law*, 1970, págs 6 a 12 y 16, Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, pág 294, y Pisillo Mazzeschi, *loc. cit.*, págs 57 a 94

[63] Un punto de vista original es el adoptado por Zoller Según esta tratadista, el hecho de que la suspensión y la terminación —como formas de reacción contra un hecho ilícito— no presenten las características de la identidad y la equivalencia hace que se sitúen fuera del ámbito de la reciprocidad propiamente dicha En su opinión, entre las medidas a que se recurre como reacción contra el incumplimiento de un tratado hay que distinguir el principio *inadimplenti non est adimplendum* (reciprocidad) de la suspensión y la terminación La primera forma de reacción (la reciprocidad) consiste en el mero incumplimiento de una obligación derivada del tratado La suspensión y la terminación, en cambio, consisten en la eliminación —definitiva o temporal— de la existencia jurídica misma de la obligación convencional de que se trata (*op cit*, pág 28) Sobre dicha distinción, véase, además, Simma, «Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», *Oesterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht*, 1970, págs 5 a 83, Forlati Picchio, *op cit*, págs 76 a 81, y Politis, *loc cit*, pág 60

H.—Objeto de los capítulos siguientes

36. Los capítulos siguientes están dedicados a la determinación, a la luz también de la doctrina más reciente y que goza de mayor predicamento, de los diversos problemas del régimen jurídico de las contramedidas a que pueden recurrir los Estados como consecuencia de hechos internacionalmente ilícitos (entre otras, las represalias, las medidas de reciprocidad, la excepción *inadimplenti non est adimplendum*, la suspensión y terminación de los tratados). El Relator Especial tratará, en relación con cada serie de problemas, de distinguir, con ayuda de la doctrina, las posibles vías que podrían tomar la codificación y el desarrollo de ese régimen, y ello con el fin de solicitar observaciones y consejo a los miembros de la CDI y, quizás, a los representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

CAPÍTULO II

El requisito previo de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito

37. La mayoría de los autores estiman, basándose en conocidos pronunciamientos de la jurisprudencia, que el recurso legítimo a las contramedidas presupone un comportamiento internacionalmente ilícito de carácter instantáneo o continuo[64], pero algunos tratadistas parecen considerar que el recurso a tales medidas puede estar justificado incluso si el Estado agente tiene de buena fe la convicción de que ha sido o está siendo perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito[65].

38. Frente a la alternativa de «necesidad de un hecho ilícito» y «condición suficiente de la convicción de buena fe del Estado lesionado» o la mera alegación de que se ha cometido un hecho ilícito, el Relator Especial se inclina a pensar que el requisito previo para poder recurrir legítimamente a esas medidas debe ser la primera opción[66]. A su parecer, sin embargo, este problema no es verdaderamente pertinente a los presentes efectos. Aunque sin duda es esencial para determinar si una causa de exclusión de la ilicitud es aplicable en virtud del artículo 30 de la primera parte del proyecto[67] como justificación de la adopción de contramedidas, la determinación de que se ha cometido previamente un hecho internacionalmente ilícito es sólo una hipótesis necesaria desde el punto de vista de la regulación del contenido, las formas y los grados de la responsabilidad. Dicho de otro modo, es evidente que la legitimidad de cualquiera de las medidas cuyo régimen jurídico tiene que establecer la Comisión en la segunda parte del proyecto presupone necesariamente la existencia de ese requisito de un hecho ilícito anterior que se rige por las disposiciones de la primera parte del proyecto.

---

[64] En el conocido asunto de las *Colonias portuguesas* (incidente de Naulilaa) se dio una definición paradigmática de este requisito «La primera condición —*sine qua non*— del derecho a ejercer represalias es la de que haya un motivo proporcionado por un acto previo, contrario al derecho de gentes» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol II (N ° de venta 1949.V 1.), pág 1027] El mismo tribunal subrayó en el asunto *«Cysne»*. «Las represalias consistentes en un acto que, en principio, es contrario al derecho de gentes, no están justificadas sino en la medida en que han sido provocadas por otro acto igualmente contrario a ese derecho» (*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol 5, 1935, pág 490, asunto N ° 287) Es significativo que, con ocasión de la Conferencia de Codificación de La Haya, de 1930, a la pregunta «¿Cuáles son las condiciones que deben cumplirse en caso de que el Estado alegue que ha actuado en circunstancias que justificaban una política de represalias?», los Estados respondieran indicando que la existencia de un hecho ilícito era un requisito previo indispensable [Sociedad de las Naciones, *Conférence pour la codification du droit international — Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III· *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C 75.M 69 1919.V), págs 128 y ss] Véanse también en el mismo sentido el artículo 1 de la resolución adoptada en 1934 por el Instituto de Derecho Internacional (nota 43 *supra*) y el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (nota 22 *supra*)

[65] Tal era, al parecer, la opinión, por ejemplo, del tribunal arbitral en el asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos* (véase nota 49 *supra*), en el que los árbitros afirmaron que era «absolutamente evidente que la licitud del acto debía examinarse independientemente de la respuesta a la cuestión de fondo concerniente a la supuesta violación» (*ibid*, pág 481, párr 74) Esa interpretación viene a ser confirmada por el hecho de que en el mismo asunto, como ha señalado con aprobación Fisler Damrosch, «el tribunal se refiere constantemente al "*supuesto** incumplimiento" o a la "*supuesta** violación" como fuente del derecho de la otra parte a tomar medidas de respuesta» («Retaliation or arbitration or both? The 1978 United States-France aviation dispute», en AJIL, 1980, pág 796) Un punto de vista similar es el adoptado por Dominicé, que considera poco realista exigir la certidumbre en cuanto a la existencia de una violación previa y concluye que las represalias son medidas destinadas a reaccionar contra «un incumplimiento, real o supuesto» (*loc cit*, págs 40 y 41) Fenwick habla también de las represalias o medidas como reacción contra «supuestos actos ilegales» (*International Law*, 4 ª ed , pág 636)

[66] Parecen suscribir la misma opinión Wengler, «Public International law paradoxes of a legal order», *Recueil des cours. ., 1977-V*, pág 20, Zoller, *op cit*, págs 95 y 96, Elagab, *op cit*, págs 43 a 50, y Salmon, «Les circonstances excluant l'illicéité» en *Responsabilité internationale*, pág 179

[67] Véase nota 22 *supra*

CAPÍTULO III

Función de las medidas y fines perseguidos

39. La cuestión de las funciones y fines de las medidas, aunque controvertida, es muy pertinente. En el campo de la doctrina, la diversidad de opiniones en esta materia viene determinada en gran parte por los conceptos generales de la responsabilidad internacional que cada internacionalista adopta como punto de partida[68].

40. En la doctrina más antigua, los autores que parten del concepto del hecho internacionalmente ilícito como un hecho que pertenece fundamentalmente a la esfera de lo «ilícito civil» se inclinan a considerar las represalias como un medio para la consecución de un fin esencialmente restitutorio e indemnizatorio[69]. Para aquellos que conciben los hechos internacionalmente ilícitos como delitos de naturaleza fundamentalmente «penal», las represalias tienen una función aflictiva, retributiva o punitiva[70]. El artículo 1 de la resolución adoptada en 1934 por el Instituto de Derecho Internacional prevé a este respecto:

> Las represalias son medidas coercitivas, que constituyen una excepción a las normas ordinarias del derecho de gentes, adoptadas por un Estado a raíz de un acto ilícito cometido en perjuicio suyo por otro Estado y que tienen por objeto *imponer** a éste, por medio de un *daño**, el *respeto del derecho**.

En esta definición, dos aspectos son importantes desde el presente punto de vista. Uno es el verbo «imponer», que indica la función coercitiva que desempeña el Estado lesionado —en una y otra dirección— en el ámbito de la relación jurídica esencialmente «horizontal» en que consiste evidentemente la responsabilidad internacional. El otro aspecto es el que ponen de relieve los términos «daño» y «respeto del derecho», que parecen hacer hincapié, junto a la función reparativa que implica el *respeto del derecho*, en la idea de retribución, implícita tanto en el «daño» como en el «respeto del derecho». Así pues, el Instituto parece adoptar una posición ambivalente. Al parecer, Oppenheim se inclina más concretamente por una concepción de las medidas fundamentalmente indemnizatoria cuando subraya el carácter «forzoso» y la función esencialmente reparativa de las represalias[71].

41. En la doctrina posterior a la segunda guerra mundial, el debate teórico se caracteriza por la posición de los que opinan que las represalias son una medida exclusivamente instrumental para obtener la cesación y la reparación, por una parte, y los que estiman que las represalias son el medio para lograr la reparación y la retribución (el castigo), por otra. Representan la primera tendencia, entre otros, Skubiszewski[72], Venezia[73], Lamberti Zanardi[74], Žourek[75], Brownlie[76], Dupuy[77], Paniagua Redondo[78], Zemanek[79] y el American Law Institute, en el *Restatement of The Law Third*[80].

42. En cambio, Forlati Picchio[81], Lattanzi[82] y, tal vez de forma más matizada, Morelli[83] y Ago parecen preferir un concepto «doble» o ecléctico (con cierto hincapié en la función retributiva). Según la posición expuesta por Ago:

> Lo característico de la sanción es tener un objetivo esencialmente aflictivo o represivo; ese propósito aflictivo, a su vez, puede ser exclusivo y representar, como tal, un fin en sí mismo, puede llevar aparejada la intención de formular una advertencia contra la posible repetición de actos como los que se castigan o puede constituir, por último, un medio de presión para asegurar el resarcimiento del perjuicio sufrido, etc.[84].

Sereni, Cassese y Conforti, aunque se sitúan en la misma línea, no parecen subrayar ninguna de las distintas funciones. Bowett, por su parte, aunque reconoce la función punitiva de las represalias, aclara que sirven «para imponer la reparación del daño causado, para compeler a la solución satisfactoria del litigio creado por el acto ilegal inicial o para obligar al Estado delincuente a atenerse en el futuro a lo que dispone la norma»[85].

43. El estudio de la función de las medidas (y los fines que persigue o puede perseguir el Estado lesionado con ellas) ha sido objeto de especial atención en algunas obras recientes sobre las represalias. En algunos de estos trabajos se atribuye una marcada primacía a la coerción

---

[68] Por lo que respecta al conjunto de la cuestión de los fines de las represalias, véase Sicilianos, *op. cit.*, págs. 49 a 69.

[69] Véase, por ejemplo, Anzilotti, *op. cit.*, págs 165 a 167, pasaje que debe leerse a la luz de las conocidas observaciones consignadas en la *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, págs. 95 y 96 Análogamente, véanse también La Brière, *loc. cit.*, pág. 241; Bourquin, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours..., 1931-I*, pág. 222; y las observaciones pertinentes de Politis, *loc. cit.*, págs. 28 y 29, en su informe al Instituto de Derecho Internacional, en las que la naturaleza reparativa de las represalias viene a ser confirmada por la indicación de que el derecho a actuar a título de represalia nace sólo después de que el Estado autor del hecho ilícito se niega a reparar y cesa en el momento en que se obtiene reparación

[70] Véase, por ejemplo, Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolge im Volkerrecht», en *Zeitschrift fur offentliches Recht*, 1932, págs 571 y ss.

[71] *Op. cit.*, págs 136 y ss

[72] *Loc. cit.*, pág 753.

[73] «La notion de représailles en droit international public», RGDIP, julio-septiembre de 1960, págs 467 y 468

[74] *Op. cit.*, págs 131 y ss

[75] *Loc. cit.*, pág. 60

[76] *System of the Law of Nations State Responsibility*, parte I.

[77] *Loc. cit.*, pág. 530

[78] *Loc. cit.*, pág 158

[79] «The unilateral enforcement of international obligations», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht*, 1987, pág. 37, y *loc. cit.*, pág 370

[80] Según el *Restatement*, el centro de interés parece ser la cesación y reparación. «El principio de la necesidad impide normalmente adoptar medidas concebidas sólo como retribución de una violación y no como incentivo para poner término a la violación o asignarle una forma de reparación» (*op cit.*, pág 382)

[81] *Op. cit.*, págs 63 a 65

[82] *Op. cit.*, págs 242 y 243

[83] *Op. cit.*, pág 363.

[84] Adición al octavo informe.. (nota 7 *supra*), párr 90

[85] «Reprisals involving recourse to armed force», AJIL, enero de 1972, pág 3

con fines restitutorios o reparativos[86]. Zoller, por ejemplo, opina que los «remedios unilaterales en tiempo de paz» cumplen

[...] tres «fines» distintos: la «reparación», la «coerción» y el «castigo», y asigna a las «contramedidas» el segundo de esos fines exclusivamente, es decir, la «coerción»[87].

Elagab distingue entre las funciones de las represalias la «autoprotección», la «reciprocidad» y la incitación a «una rápida solución del litigio». A diferencia de Zoller y otros, y al igual que Lamberti Zanardi, no parece excluir una función «ejecutiva», a saber, la aplicación de represalias por el Estado lesionado para obtener directamente reparación[88].

44. Dominicé[89], si bien reconoce la diversidad de los fines que persiguen las represalias, señala:

[ ] la doctrina de las represalias ha sido influida por la idea de que éstas constituyen un acto de venganza, un castigo, lo que sin duda fueron en otra época La institución no ha perdido totalmente ese carácter, pero no es ya su rasgo dominante Hay que considerar las represalias en el contexto de la autoprotección y a la luz de su finalidad principal, que es la coerción[90]

Dicho autor defiende, sin embargo, un concepto muy elástico de la función de las represalias, que varía según las circunstancias, en particular según el momento de la reacción del Estado lesionado y la actitud del Estado ofensor. Así, si el Estado lesionado reacciona contra una violación de carácter continuo, la función de la medida será poner fin al comportamiento ilícito y volver al cumplimiento de la obligación infringida, y en este caso la medida será temporal, de carácter provisional[91]. Si, en cambio, la reacción es contra una negativa de reparar, la medida de represalia tendrá una finalidad ejecutiva o punitiva, y adquirirá carácter definitivo o final. Por lo que respecta a la relación entre los procedimientos de solución de controversias y las represalias, Dominicé parece opinar que éstas pueden estar dirigidas —según la fase en que se contrae el compromiso de solución— bien a inducir a la aplicación del procedimiento de solución acordado, o bien a preservar, mediante medidas cautelares, las posibilidades de obtener la reparación prevista en la solución a que finalmente se llegue mediante el procedimiento utilizado.

45. En vista de las distinciones que propone la doctrina será necesario analizar extensamente y a fondo la práctica de los Estados. Cabe que haya que determinar si, y hasta qué punto, el régimen jurídico de las contramedidas es o debe ser distinto según la función que estén destinadas a cumplir. Es probable tal vez —aunque sujeto a verificación— que la diversificación esté especialmente justificada en lo concerniente al efecto de la previa demanda de reparación, la conminación, el cumplimiento de las obligaciones de solución pacífica y la proporcionalidad.

[86] De Guttry, por ejemplo, define las represalias como «una forma de presión» encaminada a lograr que el Estado ofensor «modifique su comportamiento para cumplir sus obligaciones internacionales» (*op cit.*, pág 12). De ese modo, las represalias no desempeñan una función directamente «ejecutiva», sino una función de «autotutela indirecta» por aplicación de un medio de coerción para inducir al Estado ofensor a cumplir sus obligaciones, fin que abarcaría tanto la cesación como la reparación (*op. cit.*, págs. 29 y 150). Kalshoven, *op cit*, pág 26, Paniagua Redondo, *loc. cit*, pág. 158; y Zemanek, «The unilateral enforcement...», *loc. cit.*, pág. 35, distinguen una función más bien coercitiva que «ejecutiva».

[87] *Op. cit.*, págs 46 y ss. Como los autores antes citados, Zoller (que se refería tanto a la suspensión de la aplicación de los tratados como a las represalias) estima que las contramedidas no son punitivo-represivas ni directamente reparativas (indemnizatorias) o ejecutivas, sino exclusivamente coercitivo-reparativas en sentido amplio Esto implica necesariamente que las medidas tienen carácter temporal y deben dejar de aplicarse tan pronto como se haya alcanzado su fin (*ibid*, pág 54). De Guttry tiene un criterio análogo, *op cit*, págs 266 a 268 Dos autores que, en época menos reciente, insistieron especialmente en el carácter temporal como condición de la legitimidad de las medidas adoptadas a título de represalia son Strupp, «Das volkerrechtliche Delikt», *Handbuch des Volkerrechts*, pág 568, y La Brière, *loc. cit*, pág 271.

[88] *Op cit.*, págs 44 y 45

[89] *Loc. cit.*, págs 34 y 35 Un planteamiento similar es el adoptado por Gianelli, *op. cit*, pág 42 La indicación de al menos tres fines diferentes de las contramedidas (coercitivo, de conservación o preventivo y ejecutivo) figura también en el cuarto informe del anterior Relator Especial, *Anuario. 1983*, vol II (primera parte) [véase nota 35 *supra*], págs 20 y 21, párrs 102 a 106

[90] *Loc cit*, pág 55

[91] *Ibid*, págs 40 y ss

CAPÍTULO IV

La cuestión de la previa demanda de reparación

46. Una cuestión muchas veces mencionada pero pocas debidamente resuelta es la de si, y hasta qué punto, el recurso legítimo a las represalias debe ir precedido de intimaciones como la protesta, la demanda de cesación o reparación, la conminación o cualquier otra forma de comunicación del Estado o los Estados ofendidos al Estado ofensor[92]. No obstante, se pueden distinguir dos tendencias principales, relacionadas ambas con las teorías generales de la responsabilidad internacional.

47. La doctrina minoritaria según la cual las represalias son la sanción principal y normal de cualquier hecho internacionalmente ilícito —siendo la reparación en cierto modo sólo una posible consecuencia «secundaria»[93]— parece sostener, aunque no sin excepciones, que se puede recurrir legítimamente a las represalias sin necesidad de ninguna intimación, demanda o conminación de la ín-

[92] Gianelli ha presentado en la Universidad de Roma una interesante tesis doctoral sobre esta materia (véase nota 32 *supra*)

[93] Kelsen, *loc cit*, págs 481 y ss, y especialmente págs 571 a 573, y *Principles of International Law*, págs 18 y ss Véase asimismo Morgenthau, «Théorie des sanctions internationales», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, págs 474 a 503 y 809 a 836

dole mencionada en el párrafo precedente. Según esa doctrina, no es jurídicamente necesario dirigir al Estado ofensor una demanda de cesación o reparación antes de aplicar medidas de represalia[94].

48. La teoría clásica de la responsabilidad del Estado adopta claramente una posición distinta, con arreglo a la cual la reparación y la cesación constituyen las consecuencias principales de un hecho internacionalmente ilícito, mientras que las represalias se consideran esencialmente (aunque no exclusivamente) como el medio coercitivo de obtener la cesación o la reparación, o ambas cosas[95]. Según esta teoría, pues, es natural dar por supuesto que, por regla general, no se puede recurrir legítimamente a actos de represalia sin haber antes presentado vanamente una protesta o una demanda de cesación o reparación[96].

49. La parte de la doctrina que defiende un concepto más amplio de las consecuencias tanto sustantivas como adjetivas del hecho internacionalmente ilícito mantiene también lo esencial de esta última posición. Se trata de la doctrina según la cual las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito no son meramente restitutorias, indemnizatorias o reparativas, sino también retributivas o punitivas. Los autores que así definen dichas consecuencias comparten también el punto de vista clásico de que, sea cual sea su función (indemnizatoria, retributiva o doble), no es posible recurrir legítimamente a las represalias sin haber antes exigido en vano la cesación o la reparación[97].

50. La doctrina contemporánea, por supuesto, desarrolla de diversas maneras la tendencia general, especialmente en lo que concierne a las condiciones en que se aplica dicho principio y a las posibles excepciones. Wengler, por ejemplo, opina que el Estado ofendido puede recurrir legítimamente a las represalias, sin ninguna diligencia preliminar, en caso de dolo del Estado que ha infringido la norma[98]. También se ha expresado la opinión de que no es necesaria ninguna actividad previa en relación con las medidas adoptadas contra un Estado responsable de un crimen internacional[99]. Otros señalan una excepción en el caso de un hecho internacionalmente ilícito de «carácter continuo»[100] (artículo 25 de la primera parte del proyecto de artículos)[101], o en el de medidas económicas[102]. En lo que concierne a estas últimas se entiende que no es necesaria ninguna diligencia preliminar en el caso de esas formas de coerción (supuestamente menos rigurosas). La normativa propuesta por el anterior Relator Especial establece un régimen especial en el caso de las obligaciones sinalagmáticas. En realidad, los artículos 8 y 10 de la segunda parte del proyecto no prevén siquiera la obligación de recurrir previamente a los procedimientos de solución (disponibles) en el caso de que el Estado lesionado recurra a una medida de incumplimiento a título de «reciprocidad» en vez de a título de «represalias»[103]. Desde un punto de vista más sistemático se ha indicado, en una reciente aportación al tema, que la cuestión de si «una demanda previa es una condición del recurso legítimo a las represalias depende de las circunstancias concretas de la violación y de la naturaleza de la obligación infringida»[104]. El Estado lesionado estaría exonerado de esa obligación, por ejemplo, en los casos en que la medida a que recurriera consistiese en una aplicación del principio *inadimpleti non est adimplendum* y se adoptase como reacción contra violaciones particularmente graves[105].

51. La práctica internacional probablemente proporcionará datos más fiables con respecto al valor jurídico real de una demanda previa de reparación. Sólo de ese modo será posible determinar hasta qué punto una disposición por la que se establezca tal demanda como condición para el recurso legítimo a cualquier medida constituye una mera codificación o una cuestión de conveniente desarrollo progresivo. El estudio de la práctica, en particular, debería proporcionar más indicaciones que las que se desprenden de la doctrina acerca de la repetidamente

[94] Kelsen, *loc. cit.*, págs. 571 y ss Los partidarios de esa teoría, no tan reciente, sostienen que, dado que una demanda de reparación o un requerimiento conminatorio no serían necesarios siquiera en los casos más extremos, es decir, cuando el Estado lesionado decidiera recurrir a la guerra, con tanta más razón aún ello se aplica en el caso de medidas de carácter no bélico Guggenheim, aunque se adhiere a la teoría de Kelsen, ha mantenido posteriormente que el Estado lesionado estaría obligado a «interpelar al infractor antes de aplicar represalias» (*Traité de droit international*, tomo II, 1954, pág 64, nota 2, y pág 85, nota 5)

[95] Véanse, como ejemplos representantivos, Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, parte I, 1928, págs 416 y ss , especialmente en las págs. 445 y ss.; y Schoen, «Die volkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Volkerrecht*, págs 141 y 142

[96] De esa misma opinión, además de los autores citados en la nota precedente, véanse Strupp, *loc cit* , págs 117 y 118; Fauchille, *Traité de droit international public*, 1926, pág 690, y Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, pág 36, que, sin embargo, tiene en cuenta la existencia de una excepción en el caso de la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, medida cuya adopción no requiere una previa demanda de reparación (*ibid* , págs 91 y ss.).

[97] Oppenheim, *op cit.*, págs 136 y 218; Ago, «Le délit international», *Recueil des cours...., 1939-II*, págs 527 y ss.; Morelli, *op cit* , pág 363, Čepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, págs 42 y ss ; Skubiszewski, *loc cit.*, pág 753, Schachter, *loc cit.*, pág 170 No es posible pasar por alto las conclusiones a que llegó recientemente, a este respecto, el American Law Institute en su *Restatement of the Law Third* El comentario al artículo 905, dedicado a los «remedios unilaterales», dice· «Las contramedidas aplicadas en respuesta a una violación de una obligación internacional normalmente sólo están justificadas cuando el Estado acusado niega totalmente la violación o su responsabilidad por la violación, rechaza o hace caso omiso de las peticiones de que ponga término a la violación o pague una indemnización, o rechaza o hace caso omiso de las propuestas de negociación o de solución por intervención dirimente de un tercero» (*op cit.*, pág 381)

[98] *Volkerrecht*, tomo I, págs 516 y 517

[99] Graefrath, «Responsibility and damages caused relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours , 1984-II*, pág 65 y pág 129, nota 125.

[100] Pueyo Losa, «El derecho a las represalias en tiempo de paz condiciones de ejercicio», *Revista Española de Derecho Internacional*, enero-junio de 1988, págs 29 y 30

[101] Véase *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), págs 31 y 32

[102] Zoller, *loc cit* , pág 379

[103] El texto de dichos artículos figura en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), págs 21 y 22, nota 66

[104] Lattanzi, *loc cit* , pág 542

[105] *Ibid* , pág 544 Este autor desarrolla sustancialmente, en el marco del derecho internacional contemporáneo, la posición adoptada antes por Reitzer, que distinguió, como excepciones a la obligación de la demanda previa de reparación, los casos de *non adimpleti contractus* y de legítima defensa (*op cit* , págs 80 y ss)

mencionada conminación, es decir, si es una condición *sine qua non* de *cualquier* medida o un requisito del recurso a *ciertos tipos* de medidas, mientras que la legitimidad de otras formas de reacción está sujeta a condiciones menos estrictas. Cabe esperar, en especial, que ese análisis permitirá deducir conclusiones menos vagas acerca de las medidas que, por su naturaleza, exoneran al Estado lesionado del requisito de la conminación. Quizás sea más fácil determinar si la conminación debe exigirse en relación con *cualquier* medida relativamente «benigna» en general, o las medidas llamadas de «reciprocidad», o *solamente* en relación con las medidas destinadas a cumplir una función protectora provisional; o si ello depende, en todo o en parte, del grado de urgencia del remedio o de la gravedad del hecho ilícito. Si el estudio de la práctica pusiera de manifiesto que este campo no está satisfactoriamente regulado *de lege lata*, quizás haya que tratar de mejorarlo, con objeto especialmente de proteger mejor a las posibles partes más débiles, como cuestión de desarrollo progresivo.

CAPÍTULO V

Los efectos de las obligaciones relativas a la solución de las controversias

52. Con la exigencia de una demanda previa de reparación *(conminación)* se relaciona la cuestión de las repercusiones de cualesquiera obligaciones existentes del Estado lesionado con respecto a los procedimientos de solución de controversias. La existencia de esas obligaciones —y el anterior cumplimiento de las mismas por el Estado lesionado— es muy probable que en alguna medida condicione la licitud del recurso a remedios unilaterales o determinadas clases de éstos. Una obligación jurídica por parte de dicho Estado de recurrir a determinados medios de solución funcionaría entonces como otra limitación de su facultad de recurrir a medidas unilaterales, y el reconocimiento de esa restricción —*de lege lata* o *de lege ferenda*— sería una medida no desprovista de importancia hacia la reducción de las consecuencias indeseables de la determinación unilateral y el ejercicio del derecho a la reparación, en sentido amplio, en un medio tan inorgánico como la «sociedad de Estados». Por supuesto, los intentos en esa dirección se han orientado fundamentalmente hasta ahora al objetivo de refrenar el recurso arbitrario a la fuerza armada, sea para hacer efectivos los presuntos derechos (controversias jurídicas) o meros intereses (controversias políticas). No obstante, se ha reconocido acertadamente que la cuestión es de gran importancia también para el control jurídico del recurso a medidas que no entrañen el uso de la fuerza. Aunque menos dramáticas y perjudiciales, esas medidas pueden menoscabar igualmente la preservación de las relaciones de amistad y el desarrollo de la cooperación entre los Estados.

53. Es innecesario recordar aquí las diversas etapas de desarrollo de los procedimientos de solución pacífica que han conducido a la presente fase, relativamente más avanzada, de esta esfera vital del derecho internacional. Baste recordar que la etapa *general* más importante —probablemente incorporada ya en una norma de derecho internacional general— está representada por el principio enunciado en el párrafo 3 del Artículo 2 (evidentemente interrelacionado con el párrafo 4 del Artículo 2) de la Carta de las Naciones Unidas y por las disposiciones más concretas, pero aun así muy generales, del Artículo 33 del mismo instrumento. En esas disposiciones, evidentemente combinadas con las obligaciones concretas de solución derivadas de compromisos bilaterales o multilaterales de carácter más específico (los más avanzados de los cuales son los derivados del Estatuto de la CIJ y de los diversos instrumentos relacionados con el Artículo 36 del mismo), se basan principalmente importantes reiteraciones de las normas de la Carta como la formulación no muy satisfactoria del principio de solución pacífica contenido en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[106], y la menos decepcionante, aunque muy general, Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales[107].

54. Una parte de la doctrina se inclina a creer que los mencionados principios y normas de la Carta (como es de suponer que se reflejan en el derecho internacional general) hacen ilícito que cualquier Estado lesionado recurra a contramedidas antes de: *a*) presentar las demandas apropiadas al presunto Estado infractor, como se ha examinado más arriba; y *b*) aplicar de buena fe los procedimientos de solución pacífica indicados en el Artículo 33 de la Carta[108]. En cambio, otra parte de la doctrina entiende que la segunda de las anteriores condiciones se aplica únicamente a las medidas que impliquen uso de la fuerza, pues sólo este tipo de medidas podrían poner en peligro la paz y la seguridad internacionales[109]. Por tan-

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

[107] Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

[108] Opiniones que adelantan esta posición fueron expresadas ya por varios participantes en los trabajos preparatorios que dieron lugar a la aprobación de la mencionada resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1934 [véanse, sobre todo, Politis, Barclay y La Brière en *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934* (nota 43 *supra*), págs. 40, 41, 90 y 95] Entre las obras más recientes de los tratadistas, véanse Zourek, *loc. cit.*, pág 60, Bowett, «Economic coercion and reprisals by States» en *Virginia Journal of International Law*, 1972, págs 10 y 11; Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, pág 270, Pueyo Losa, *loc cit*, pág 21, y De Guttry, *op. cit.*, págs. 227 a 237

[109] Fisler Damrosch, *loc cit*, págs 805 y ss., Zemanek, «The unilateral enforcement...», *loc cit*, pág 37, Lattanzi, «Sanzioni ..», *op. cit.*, págs. 543 y 544, y menos resueltamente Zoller, *op cit.*, págs 120 y 121

to, las medidas que no impliquen uso de la fuerza (por fuerza se entiende sobre todo fuerza militar) podrían aplicarse legítimamente incluso sin el cumplimiento previo de dicho requisito.

55. Sea como fuere la repercusión de las normas generales en la solución pacífica, la cuestión se torna más complicada cuando existen obligaciones de solución de controversias entre el Estado lesionado y el Estado infractor en virtud de instrumentos subjetiva y objetivamente específicos (bilaterales o multilaterales, inorgánicos o institucionales) en los que dichos Estados puedan ser partes en el momento oportuno. No se trata solamente de las obligaciones y derechos de solución de controversias derivados de instrumentos, tales como convenios especiales (transacciones), cláusulas compromisorias, tratados generales de arbitraje o arreglo judicial o declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ en virtud de la llamada cláusula facultativa (párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte), sino también de los estatutos de varias instituciones internacionales y de los instrumentos multilaterales que abarcan esferas concretas. Varios autores creen que por lo menos los compromisos derivados de esos instrumentos más concretos tienen una repercusión decisiva —en determinadas condiciones— en la licitud de las medidas que se han de adoptar. En otras palabras, en determinados casos la aplicación previa de uno o más de los procedimientos previstos sería una condición para recurrir lícitamente a la adopción de contramedidas[110].

56. Menos restrictivo de la elección discrecional del Estado lesionado parece ser el artículo 5 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1934, según la cual

> Las represalias, incluso no armadas, están prohibidas cuando *puede asegurarse efectivamente** el respeto del derecho mediante procedimientos de solución pacífica En consecuencia, deben considerarse como prohibidas en particular
>
> 1) Cuando en virtud del derecho en vigor entre las partes el acto denunciado como ilícito sea de la competencia obligatoria de jueces o de árbitros *que tengan competencia también para ordenar, con la diligencia deseada, medidas provisionales o de conservación y el Estado demandado no trate de eludir esta jurisdicción o retrasar su funcionamiento**;
>
> 2) *Cuando está en curso un procedimiento de solución pacífica** en las condiciones previstas en el párrafo 1, a menos que las represalias no se hayan tomado antes legítimamente, a reserva de su cesación decidida por la autoridad a la que se ha recurrido,
>
> [...][111]

La mayoría de los autores que tratan de la cuestión consideran indispensable la condición de que el procedimiento legalmente disponible sea de tal naturaleza que asegure con eficacia el respeto de los derechos del Estado lesionado[112]. Algunos autores, por ejemplo, creen que la mera existencia (en un tratado general o en una cláusula compromisoria) de una obligación de recurrir al arbitraje mediante un acuerdo *ad hoc* (siendo esa obligación simplemente un *pactum de contrahendo*) no sería suficiente para impedir que se recurriera a medidas. Sin embargo, las represalias tomadas deben tener una función meramente provisional (medidas provisionales) o estar destinadas a obligar al presunto Estado infractor a concertar el acuerdo *ad hoc*[113]. Por otra parte, aun creyendo que la existencia entre las partes de una jurisdicción realmente obligatoria —a saber, un vínculo jurisdiccional que permita al presunto Estado lesionado iniciar procedimientos arbitrales o judiciales mediante solicitud unilateral— de ordinario excluiría el recurso directo a medidas, los mismos autores piensan que ni siquiera en tal caso existiría ningún obstáculo para recurrir a medidas provisionales unilaterales cuando el órgano competente no tenga facultades para dictar una orden sobre medidas provisionales o que esa orden no sea cumplida por el presunto Estado infractor[114].

57. Según una parte de la doctrina, además de la naturaleza, la disponibilidad y el grado de eficacia de un procedimiento de solución posiblemente pertinente, se ha de tener en cuenta la finalidad de las medidas previstas y adoptadas por el Estado lesionado, cuestión recientemente estudiada por Dominicé[115], quien estima que se ha de distinguir entre las represalias encaminadas a obtener reparación y las represalias que, como reacción a un hecho ilícito continuado, tienen por objeto también, mediante la cesación, el cumplimiento de la obligación que se está violando. Una conminación previa, junto con una propuesta de arbitraje, sería una condición para recurrir a represalias en el primer caso únicamente. El recurso a las represalias sería lícito en tal caso sólo cuando la propuesta de arbitraje —y, por supuesto, la conminación— no hubiera servido de nada En el caso en que la conducta ilícita prosiguiera, las medidas provisionales o las destinadas a provocar la cesación y el arbitraje, o ambas cosas, deben aplicarse lícitamente de manera inmediata independientemente de los compromisos con respecto al procedimiento de solución. En todo caso, las medidas tomadas por el Estado lesionado a raíz del incumplimiento por el Estado infractor de una decisión arbitral también serían lícitas[116].

---

[110] En este sentido se expresaron ya Reitzer, *op cit*, págs. 34 y 35, y Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, págs 182 y ss., y, más recientemente, Bowett, *loc. cit*, pág 11, e «International law and economic coercion», *Virginia Journal of International Law*, 1976, pág 248, Ago en su comentario al artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario 1979*, vol II (primera parte), pág 42, documento A/CN.4/318 y Add 1 a 4, nota 191, Malanczuk, «Zur Repressalie...», *loc cit.*, pág 739, y Lattanzi, *loc. cit.*, pág 544 (que excluye sin embargo la hipótesis de *inadimpleti non est adimplendum* y de las medidas contra los crímenes internacionales)

[111] *Op cit.*, pág 709

[112] Según Elagab «si se desprende que en realidad hay un compromiso definido con respecto a la solución pacífica entre las partes interesadas, el recurso a contramedidas por una de las partes debe considerarse ilícito *prima facie* Esta norma general se aplica en particular cuando el tratado que contiene esa norma establece mecanismos para asegurar su aplicación Sin embargo, puede haber situaciones en las que los mecanismos deseados resulten insuficientes En este caso el Estado ofendido puede recurrir legítimamente a contramedidas sobre la base del derecho consuetudinario» (*op cit*, pág 183)

[113] Dominicé, *loc cit*, págs 44 y ss, Zoller, *op cit*, págs 120 a 124, Fisler Damrosch, *loc cit*, págs 805 y ss, y De Guttry, *op cit*, págs 243 a 256

[114] *Ibid*

[115] *Loc cit.*, págs 33 y ss

[116] En el mismo sentido, véase Pueyo Losa, *loc cit*, págs 27 y ss También Elagab ha acentuado recientemente la necesidad de tener en cuenta las diferentes motivaciones que subyacen en las medidas tomadas (*op cit*, págs 183 y ss)

58. En el artículo 10 de la segunda parte del proyecto propuesto por el anterior Relator Especial[117] se presta especial atención al carácter provisional y protector de las medidas y a la eficacia de las facultades de los órganos competentes. Con arreglo al párrafo 1 de ese artículo, el Estado lesionado no podrá adoptar ninguna medida (que no sea una medida de «reciprocidad» como la prevista en el proyecto de artículo 8) «hasta que no haya agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica de la controversia a que pueda recurrir». Sin embargo, en el párrafo 2 se exceptúan de la prohibición

a) ... las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado dentro del ámbito de su jurisdicción hasta que una corte internacional de justicia o un tribunal internacional de arbitraje competente haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas cautelares en virtud del procedimiento internacional aplicable para la solución pacífica de la controversia;

b) ... las medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado acusado de haber cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a una medida cautelar decretada por esa corte internacional de justicia o ese tribunal internacional de arbitraje[118].

Resta por ver si esta disposición es totalmente satisfactoria.

59. También en este caso es indispensable un estudio adecuado de la práctica internacional —partiendo de una clasificación clara de los instrumentos de solución de controversias desde el punto de vista de sus respectivos grados de rigor y efectividad— antes de elegir las mejores soluciones posibles. Además, la investigación debe realizarse con el doble propósito de evaluar la *lex lata* con la máxima precisión e idear las mejoras que podrían proponerse para hacer avanzar el derecho de las contramedidas unilaterales en interés de la justicia (véase párr. 4 *supra*).

60. Sin duda será difícil lograr que los Estados acepten, en la tercera parte prevista del proyecto de artículos de la propuesta convención sobre la responsabilidad de los Estados, innovaciones realmente significativas sobre la interpretación y aplicación de las normas relativas a la solución de controversias. Considerando que las repercusiones de esas normas se extenderían a todas las esferas del derecho internacional —a saber, a la violación de *cualesquiera* normas primarias o principios de derecho internacional escrito o no escrito y a sus consecuencias—, todo compromiso obligatorio con respecto a la solución que pudieran aceptar los Estados en virtud de dicha tercera parte se extendería a toda la esfera de sus relaciones que puedan dar lugar a controversias. Un claro reflejo de esas dificultades se halla en la escasez de compromisos obligatorios de solución previstos en los artículos 1 a 5 de la tercera parte del proyecto propuesto por el anterior Relator Especial[119], y en la gran cautela manifestada por los miembros de la Comisión en el debate sobre esas disposiciones[120].

61. Si bien no se excluye la posibilidad de que se tomen medidas más importantes con respecto al contenido de dicha tercera parte, hay ciertamente otra cuestión que es la de las normas que la Comisión ha de elaborar con respecto a la repercusiones de los compromisos de solución de controversias sobre la legitimidad de las reacciones unilaterales frente a hechos internacionalmente ilícitos. A este respecto, el actual Relator Especial se inclina a creer que se puede y se debe hacer algo más —una vez que se determine como es debido la situación existente— para proteger mediante normas adecuadas a toda parte en una relación de responsabilidad de los Estados que haya aceptado compromisos de solución de controversias y esté dispuesta a cumplirlos. Toda norma de esa clase contribuiría, al mismo tiempo, a reducir el recurso arbitrario a medidas por parte del Estado de que se trate y a promover, junto con la solución justa de cualquier controversia que se derive de un hecho internacionalmente ilícito concreto, la concertación por los Estados de instrumentos bilaterales o multilaterales eficaces de solución de controversias en esferas cada vez más amplias.

62. Sobre la base de estas consideraciones debe tratarse de responder a cuestiones como las siguientes: si en virtud del párrafo 3 del Artículo 2 y de las disposiciones del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas un Estado lesionado no debe recurrir a ninguna medida antes de invocar uno o varios de los medios enumerados en este último artículo; si hay alguna medida a la que un Estado lesionado tenga o deba tener derecho a recurrir sin esperar a que no prospere el intento de utilizar cualquiera de esos medios de solución (por ejemplo medidas cautelares o medidas destinadas a inducir a la otra parte a cumplir las obligaciones en relación con la solución); si el hecho de que un procedimiento de arreglo o cuasi arreglo haya alcanzado una determinada etapa de avance restringiría la facultad de recurrir a algunas medidas y en qué condiciones.

[117] Véase nota 103 *supra*

[118] Un elemento más del presente examen sucinto de las posiciones doctrinales sobre el tema es el *Restatement of the Law Third* El texto del artículo 905 dedicado a los remedios unilaterales no trata, de hecho, expresamente de la relación entre las medidas, por una parte, y las obligaciones de solución de controversias, por otra (*op cit.*, pág 380) Sin embargo, en el comentario pertinente se dice que para que el recurso a las medidas sea lícito sería necesario, entre otras cosas, que «el Estado acusado... rechace o desconozca las propuestas de negociación o resolución de terceros». Por otro lado, se hace referencia no a los posibles instrumentos de arreglo bilateral en vigor entre las partes, sino únicamente a los procedimientos de solución disponibles dentro del marco de organizaciones internacionales «En una controversia entre los miembros de una organización internacional puede haber un requisito de que la controversia se someta a los procedimientos de solución de controversias de la organización, y las contramedidas quedan excluidas hasta que se haya concluido o se haya puesto fin a ese procedimiento sin éxito» (*ibid*, pág 381) En las «Reporters' Notes» se dice además que la «necesidad» (y, en consecuencia, la licitud de las contramedidas) «desaparece, sin embargo, una vez que el asunto se ha sometido a un tribunal internacional y el tribunal puede decidir sobre las medidas cautelares» (*ibid.*, pág 387)

[119] Véase *Anuario . 1986*, vol II (segunda parte), págs 37 y 38, nota 86

[120] *Ibid.*, vol I, sesiones 1952 ª a 1956 ª, págs 59 a 90

CAPÍTULO VI

El problema de la proporcionalidad

63. Uno de los aspectos más decisivos de las contramedidas es la cuestión de la proporcionalidad. La regla de la proporcionalidad ha adquirido ciertamente un contenido más estricto y más preciso durante la parte del presente siglo que ha seguido a la primera guerra mundial; un fenómeno concomitante con la condena del uso de la fuerza. Sin embargo, la noción de proporcionalidad ya estaba presente de manera más o menos explícita en la doctrina de los siglos XVII, XVIII y XIX Estaba claramente implícita en la posición doctrinal adoptada, por ejemplo, por Grotius, Vattel y Phillimore de que los bienes confiscados a título de represalia eran objeto de apropiación legítima por el soberano lesionado, «en la medida en que sean necesarios para satisfacer la deuda original causada y los gastos ocasionados por la represalia; el resto se ha de devolver al gobierno de los súbditos contra los cuales se han ejercido las represalias»[121].

64. La mayoría de los autores del siglo XX opinan que el Estado que recurra a represalias debe respetar el principio de la proporcionalidad. Guggenheim coincide con Oppenheim, quien sostiene que las «represalias, sean positivas o negativas, deben estar en proporción con el daño hecho y con la magnitud de la coacción necesaria para obtener reparación»[122]. Superando las dudas expresadas por Anzilotti en el decenio de 1920 y Strupp en el de 1930[123], en el resto de la doctrina parece haber unanimidad en considerar la proporcionalidad como una norma estricta de derecho internacional. Entre los autores destacados que reconocen el principio de la proporcionalidad como requisito general para la legitimidad de las represalias figuran Bourquin[124], Kelsen[125], Morelli[126], Wengler[127], Schachter[128], Reuter[129], Brownlie[130], Tomuschat[131], Skubiszewski[132], Giuliano (con la colaboración de Scovazzi y Treves)[133], Graefrath (con la colaboración de Steiniger)[134] y Bowett[135].

65. Sin embargo, no hay uniformidad, ni en la doctrina ni en la práctica, con respecto al concepto exacto de proporcionalidad. Puede detectarse una diferencia, por ejemplo, entre la doctrina basada en el conocido *dictum* jurisprudencial sobre el asunto de *Naulilaa* y la definición del Instituto de Derecho Internacional. En el primero se sostiene que

> aunque se admitiera que el derecho de gentes no exige que la represalia se muda aproximativamente por la ofensa, ciertamente se deberían considerar excesivas y por tanto ilícitas las represalias *totalmente desproporcionadas** en relación con el acto que las motivó[136].

Con más rigor, el Instituto de Derecho Internacional parece requerir que la medida sea *proporcional* a la gravedad de la ofensa y del daño sufrido[137]. Un concepto menos estricto parece surgir del pronunciamiento de los estudiosos de los cuales emanó el laudo en el asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos*[138], según el cual «se conviene en general que todas las contramedidas deben, en primer lugar, tener *cierto grado de equivalencia** con la supuesta infracción» y «se ha observado en general que juzgar "la proporcionalidad" de las contramedidas no es tarea fácil y a lo sumo puede *realizarse por aproximación**». Sobre esta base, los árbitros llegaron a la conclusión de que «las medidas tomadas por los Estados Unidos *no parecen ser claramente desproporcionadas** cuando se comparan con las tomadas por Francia»[139].

66. Con arreglo a la formulación empleada por el anterior Relator Especial en el párrafo 2 del artículo 9 de la segunda parte del proyecto de artículos, «El ejercicio de este derecho por el Estado lesionado no deberá ser, en sus efectos, manifiestamente desproporcionado a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito cometido»[140].

---

[121] Phillimore, *op. cit.*, pág 32, Grotius, *op. cit.*, pág 629; y Vattel, *op. cit.*, pág. 283.

[122] Oppenheim, *op. cit.*, pág. 141.

[123] Anzilotti consideraba la regla de la proporcionalidad simplemente como una norma moral; Strupp no creía en la existencia de normas que establecieran proporciones que hubieran de observarse en el ejercicio de las represalias (*loc. cit.*, págs. 568 y 569).

[124] *Loc. cit.*, pág 223.

[125] *Op. cit.*, pág 21.

[126] *Op. cit.*, pág 262.

[127] *Loc. cit.*, pág. 21.

[128] *Loc. cit.*, pág. 178.

[129] *Op. cit.*, pág. 463.

[130] *International Law* .., *op. cit.*, pag. 219.

[131] «Repressalie und Retorsion.— Zu einige Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchfurung», *Zeitschrift fur auslandiches öffentliches Recht und Volkerrecht*, 1973, págs 179 a 222 y, en especial, pág. 192.

[132] *Loc. cit.*, págs. 753 y 754.

[133] *Diritto internazionale*, vol. I, *La società internazionale e il diritto*, pág 597.

[134] «Kodifikation der volkerrechtlichen Verantwortlichkeit», *Neue Justiz*, 1973, pags 225 y ss., art 9, párr 2, pág. 228

[135] «Economic coercion...», *loc. cit.*, pág 10.

[136] Véase nota 64 *supra* Se recordará que Alemania había destruido en esa ocasión seis puestos militares portugueses en Angola en respuesta a la muerte de dos oficiales y un funcionario alemanes en la plaza portuguesa fortificada de Naulilaa El tribunal rechazó el alegato alemán de que su acción estaba justificada como represalia, por las siguientes razones: primero, porque la muerte del personal alemán no podía considerarse como un hecho ilícito de las autoridades portuguesas; segundo, porque la reacción alemana no había ido precedida de una «conminación previa», y, finalmente, porque no había habido «proporción admisible entre la supuesta ofensa y las represalias ejercidas» (pág 1028)

[137] Según el párrafo 2 del artículo 6 de la resolución de 1934 del Instituto, el Estado agente debe

> «Emplear una presión proporcional a la gravedad del acto denunciado como ilícito y a la importancia del daño sufrido.»

(*Op. cit*, pág 709.)

[138] Véase nota 49 *supra*

[139] *Ibid.*; véase párr 83 del laudo

[140] Véase nota 103 *supra* De manera no del todo clara, Riphagen distingue una desproporción cualitativa de una desproporción cuantitativa. Con arreglo a la primera, una medida estaría justificada solamente cuando la infracción cometida por medio de una contramedida responde a un hecho internacionalmente ilícito consistente en la violación de la misma obligación, de una obligación del mismo tipo o de una obligación estrechamente relacionada con la obligación infringida

Parece exponerse un concepto similar en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 905 del *Restatement of the Law Third*, según el cual un Estado lesionado «puede recurrir a contramedidas que en otro caso serían ilegítimas si esas medidas... no son *desproporcionadas** a la violación y el daño sufrido»[141].

67. Otra cuestión que surge de los tratadistas es si la proporcionalidad se requiere con referencia al hecho ilícito *per se*, a los efectos del mismo, a la finalidad específica —mediata o intermedia— de la medida o a una combinación de dos o más de esos elementos. Si bien la referencia a la proporcionalidad de la violación (a saber, a la importancia de la norma infringida y la gravedad de la infracción) es muy frecuente[142], también lo es la referencia al daño o perjuicio causado por la violación[143]. Asimismo, los autores hacen referencia a las finalidades con que se tomaron las contramedidas. La cuestión estribaría en saber si las finalidades de las medidas adoptadas por el Estado lesionado son o no pertinentes, junto con la naturaleza y gravedad de la infracción y las consecuencias de la misma, a efectos de determinar si el principio de proporcionalidad se ha respetado[144]. Algunos autores parecen relacionar la proporcionalidad con el daño sufrido y con la finalidad perseguida si bien manteniendo separados los dos elementos. Por ejemplo, Skubiszewski afirma que las represalias deben ser «proporcionadas al daño sufrido», añadiendo sin embargo que no deben suponer «la aplicación de coacción de una magnitud que rebase lo que sería necesario para obtener una solución»[145]. Según McDougal (que posiblemente pensaba, sin embargo, en las represalias violentas),

> Cabe sugerir... que si las represalias han de significar algo más que la supervivencia de la ley del talión deben adaptarse y relacionarse no tanto con la ilegalidad pasada como ante todo con la finalidad futura. Es frecuente subrayar que el propósito legítimo de las represalias no es infligir un castigo sino disuadir de cometer hechos ilícitos en el futuro. De ello parece seguirse que la magnitud y la clase de violencia permisible por medio de represalias es lo que está razonablemente destinado a influir en las expectativas del enemigo acerca de las ventajas y desventajas de la reiteración o continuación de su hecho ilícito inicial como para inducirle a poner término a ese hecho y abstenerse del mismo en el futuro El quantum de la violencia permisible por medio de represalias, así determinado, puede ser en determinadas circunstancias mayor que el de la infligida en el hecho ilícito inicial del enemigo[146].

68. Las diferencias advertidas nos aconsejan considerar la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional con el máximo cuidado para elegir la formulación más adecuada del derecho. Procede determinar en particular si la proporcionalidad debe exigirse no sólo para las medidas que puedan considerarse como represalias *stricto sensu*, sino también para las llamadas medidas de reciprocidad, tanto si estas últimas están sujetas a exigencias tan estrictas como la identidad o la equivalencia cuanto si realmente no difieren de otras represalias excepto en el sentido de que sean más perfectamente proporcionales, por así decirlo, a la gravedad del hecho ilícito y del daño causado. Se ha de determinar además, a la luz de un análisis a fondo de la práctica, si el requisito de la proporcionalidad debe formularse en términos más amplios o más estrictos y en relación con qué elementos: daño sufrido, importancia de la norma violada, finalidad de la medida a que se recurre, o cualquier combinación de dos o más de estos elementos. Quizá puedan hallarse formulaciones más satisfactorias y matizadas que las indicadas en los párrafos 65 y 66 *supra*.

Según el mencionado estudioso, esta hipótesis se caracterizaría por la entrada en juego del concepto de «autoprotección» y la naturaleza del hecho ilícito y de los derechos del Estado ofensor

> «Dentro del marco de la proporcionalidad cualitativa, la admisibilidad de las medidas de autodefensa es evidentemente la más dudosa, dado que ellas entrañan necesariamente una violación de los derechos del Estado autor. En consecuencia, se considera generalmente que las represalias sólo están permitidas en forma limitada y en casos limitados. La naturaleza del hecho internacionalmente ilícito y la naturaleza del derecho del Estado autor violado por la represalia tienen aquí pertinencia.» [*Anuario .. 1983*, vol II (primera parte), página 16, documento A/CN 4/366 y Add 1, párr. 80.]

En términos más simples, la proporcionalidad *cuantitativa* sería la proporcionalidad entre los daños (perjuicios) causados al Estado ofensor por la medida y los daños (perjuicios) sufridos por el Estado agente Según el propio Riphagen, sin embargo, los dos tipos de proporcionalidad no serían separables; serían, por así decirlo, dos caras de la misma moneda [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs 134 y 135, documento A/CN 4/330, párrs 94 y 95]

[141] Nota 53 *supra* De la misma opinión parecen ser Alland, *loc cit.*, pág 184; Malanczuk, «Countermeasures ..», *loc cit.*, pág 214, Conforti, *Diritto internazionale*, pág 360, Cassese, *op cit.*, pág 271 A juicio del Relator Especial, la proporcionalidad debe relacionarse con el *grado* de culpa (*dolus* o *culpa* en sentido estricto) que caracteriza el hecho ilícito

[142] A este respecto, el laudo arbitral dictado en el asunto de *Naulilaa* ha ejercido influencia En ese laudo la noción de proporcionalidad se vinculaba al «acto que .. ha motivado» las represalias (véanse notas 64 y 136 *supra*). En la doctrina siguen también esa orientación Kelsen, *op. cit.*, pág 21; Kapoor, *A Textbook of International Law*, pág 625; y Sereni, *Diritto Internazionale*, vol. III, *Relazione internazionale*, pág 1559

[143] Hacen referencia a la proporcionalidad no sólo con respecto al daño sufrido, entre otros, Venezia, *loc cit*, pág 476, De Guttry, *op cit.*, pág. 263, Elagab, *op cit.*, pág 94; Fisler Damrosch, *loc. cit.*, pág 792, Zemanek, «The unilateral enforcement . », *loc cit.*, pág 37; Ago, *Anuario... 1979*, vol II (primera parte) [véase nota 110 *supra*], párr. 82, y Riphagen en el párrafo 2 de su proyecto de artículo 9 (véanse notas 103 y 140 *supra*) La resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1934 citada *supra* parece referirse tanto a la violación como al daño sufrido.

[144] Sobre la pertinencia de estas finalidades, véanse De Guttry, *op cit*, págs 263 y 264, Dominicé, *loc cit*, págs 64 a 66; y Elagab, *op cit*, págs 86 y ss

[145] *Loc. cit.*, pág 753

[146] McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, págs. 682 y 683.

CAPÍTULO VII

El régimen de la suspensión y la terminación de los tratados a título de contramedidas

69. Una cuestión discutida es la de determinar si el régimen jurídico de las contramedidas —especialmente en lo que concierne a la previa demanda de reparación, los efectos de las obligaciones relativas a la solución de las controversias y la proporcionalidad— debe ser objeto de modificaciones cuando las medidas a que se recurre consisten en la terminación o la suspensión de un tratado o de una parte de él. Pero antes de examinar las distintas características que para un sector de la doctrina distinguen el régimen de ese tipo especial de medidas parece apropiado formular algunas observaciones de carácter general.

70. La suspensión y terminación se estudian, en la doctrina del derecho internacional, principalmente en relación con el derecho de los tratados e inspirándose, explícita o implícitamente, en las conocidas normas de derecho nacional relativas a la suspensión y terminación de los contratos[147]. En el ámbito del derecho de los tratados, la suspensión y terminación se estudian principalmente como vicisitudes de la vida de un tratado[148], vicisitudes que evidentemente incluyen las consecuencias del incumplimiento. Es en ese contexto en el que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, en torno a los conceptos de suspensión y terminación, normas relativas a: *a*) las clases de violaciones de un tratado que pueden justificar la suspensión o terminación; *b*) las circunstancias en que un tratado puede ser suspendido o dado por terminado total o parcialmente; y *c*) los requisitos que ha de cumplir el Estado lesionado para proceder legítimamente a la suspensión o terminación. Y la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados aprobó, mediante la codificación o el desarrollo progresivo de las normas de derecho internacional general relativas a esa materia, el artículo 60 y las disposiciones accesorias enunciadas en los artículos 65 a 67, 70 y 72 de la Convención de 1969.

71. Sin embargo, las normas de derecho internacional general concernientes a la suspensión y la terminación de los tratados como medidas unilaterales a que puede recurrir el Estado lesionado en respuesta a *cualquier* hecho internacionalmente ilícito constituyen un tema diferente. Esta cuestión, que no prejuzga el artículo 60 de la Convención de Viena (ni las mencionadas disposiciones accesorias), como lo indica expresamente el artículo 73 del mismo instrumento[149], es mucho más amplia. Alcanza no sólo más allá de las vicisitudes de un tratado determinado (como en el caso del artículo 60 ya citado), sino más allá incluso de la esfera del derecho de los tratados en conjunto[150].

72. En realidad, el artículo 60, que es el único que interesa en el presente contexto, contempla la suspensión y la terminación de un tratado determinado sólo como reacción posible de los Estados contratantes, o de cualquiera de ellos, contra una violación —que incluso tiene que ser una violación grave— de una o varias disposiciones de ese mismo tratado. El régimen jurídico de la suspensión y la terminación de los tratados en el marco de las consecuencias adjetivas de un hecho internacionalmente ilícito abarca o debería abarcar en cambio (*de lege lata* o *de lege ferenda*) los siguientes supuestos: *a*) la suspensión o la terminación de un tratado (o de cualquier disposición o parte de él) en respuesta a una infracción de una o varias de las obligaciones derivadas de ese tratado; *b*) pero también, mucho más allá de esa esfera (que es aproximadamente el campo de aplicación del artículo 60), la suspensión o la terminación de un tratado (o de cualquier disposición o parte de él) en respuesta a una violación de cualquier otro tratado o tratados; y *c*) la suspensión o la terminación de un tratado (o de cualquier disposición o parte de él) en respuesta a una violación de una norma de derecho internacional general, tanto si se trata de un principio o norma consuetudinaria ordinaria como de una norma imperativa.

---

[147] Ambos remedios se consideran en la doctrina y en la práctica del derecho privado como instituciones características de las relaciones jurídicas circunscritas a la esfera de los contratos.

[148] De forma muy similar, por consiguiente, a la manera como las vicisitudes más o menos análogas de los contratos se examinan en el derecho nacional privado.

[149] El artículo 73 dice lo siguiente:

«Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados».

Hay que tener en cuenta también, por supuesto, la razón de la exclusión de la responsabilidad de los Estados del régimen de la Convención de Viena (en su conjunto) que dio la Comisión misma antes de la aprobación del artículo 73:

«En el proyecto de artículos no figuran disposiciones sobre la cuestión de la responsabilidad internacional de un Estado derivada del incumplimiento de una obligación convencional. En su informe de 1964, la Comisión señaló que esta cuestión hace intervenir no sólo los principios generales que rigen la reparación debida por la infracción de un tratado sino también las razones que pueden invocarse en justificación del incumplimiento del tratado. Como estas cuestiones forman parte del tema general de la responsabilidad internacional de los Estados, tema que la Comisión va a estudiar por separado, decidió excluirlas de su codificación del derecho de los tratados y examinarlas en relación con su estudio de la responsabilidad internacional de los Estados» (*Anuario 1966*, vol. II, pág. 194, párr. 31).

Véanse a este respecto Rosenne, *Breach of Treaty*, págs. 3 a 5, y «Vienna Convention on the Law of Treaties», en *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, págs. 525 a 533.

[150] Esta interpretación de la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados ha obtenido recientemente el apoyo del tribunal arbitral en el laudo dictado en el asunto del *«Rainbow Warrior»* entre Nueva Zelandia y Francia [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (N.º de venta E/F.90.V.7)]. Véanse párrs. 73 y ss. del laudo y el comentario de Palmisano, «Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso "Rainbow Warrior"», *Rivista di diritto internazionale*, 1990, págs. 885 a 889. Una interpretación diferente de dicha relación es la que da Bowett, «Treaties and State responsibility», en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement — Mélanges Michel Virally*.

73. Es bien sabido que la interpretación del artículo 60 no está exenta de polémicas. También se polemiza sobre si el contenido de dicho artículo coincide, y hasta qué punto, con el derecho general vigente relativo a la suspensión y la terminación de los tratados[151]. Sea lo que fuere, no puede considerarse que la disposición enunciada en el artículo 60 agote el régimen jurídico de la suspensión y terminación a los efectos del régimen general de la responsabilidad de los Estados. Más exactamente, las disposiciones del artículo 60 no agotan: *a*) ni el régimen de *todas las medidas* a que se puede recurrir en relación con la violación de un tratado determinado; *b*) ni el régimen de las diversas medidas (incluidas la suspensión y la terminación) a que se puede recurrir en relación con la infracción de una obligación nacida de *cualquier norma* de derecho internacional, creada por tratado o por costumbre.

74. De eso se desprende que el régimen jurídico de la suspensión y la terminación de los tratados debe estudiarse ante todo a la luz de las normas y principios provisionalmente analizados hasta ahora con respecto a las contramedidas en general[152]. Se trata de normas como las relativas a los requisitos de fondo y de forma, las condiciones, las limitaciones y las modalidades de las contramedidas, es decir, las obligaciones o cargas que ha de satisfacer el Estado lesionado antes de recurrir a las medidas; y al requisito de proporcionalidad. Hay que determinar, en especial, si las características particulares de la suspensión y la terminación afectan de algún modo —y en ese caso de qué forma— a la aplicación de las condiciones y requisitos que deben cumplirse para poder adoptar legítimamente cualquier otra contramedida, particularmente en relación con la conminación y las obligaciones de solución de las controversias.

75. La primera cuestión que se plantea es la de si se puede recurrir a la suspensión y la terminación como reacción contra cualquier clase de hecho internacionalmente ilícito o sólo en el caso de los hechos ilícitos de cierto tipo. Es sabido que, a este respecto, suele hacerse una distinción en el marco del derecho de los tratados. Así como la terminación es admisible sólo en caso de violación grave del tratado[153], la suspensión es admisible también —en derecho internacional general— en el caso de violaciones menos graves. Generalmente se considera que en el artículo 60 de la Convención de Viena se optó por un régimen más restrictivo de la suspensión y la terminación puesto que exige en ambos casos que exista violación grave a fin de salvaguardar la continuidad y estabilidad del tratado[154]. De conformidad con el derecho de los tratados —al menos a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 60—, las violaciones de carácter secundario no deberían dar lugar a la terminación ni a la suspensión.

76. A este respecto, habrá que optar entre dos maneras posibles de dar efecto a dichas limitaciones. La primera posibilidad sería considerar las limitaciones, desde el punto de vista más amplio del derecho de la responsabilidad de los Estados, como normas particulares y específicas aplicables a la suspensión y la terminación de los tratados. La segunda posibilidad sería que esas restricciones se considerasen simplemente como el resultado de la aplicación, con respecto a la suspensión y la terminación, de las normas o principios que rigen las contramedidas en general, independientemente del marco convencional dentro del cual se aplican estos dos remedios. El mismo problema se plantea en relación con las cuestiones, que tan bien conocen los estudiosos del derecho internacional de los tratados, que suelen denominarse de la «proporcionalidad cualitativa» y la «separabilidad» de las disposiciones que se han de suspender o dar por terminadas.

77. Es precisamente en el contexto de la suspensión o terminación de un tratado en respuesta a una violación de ese mismo tratado que se presenta la cuestión de la «proporcionalidad cualitativa». Según Simma, por ejemplo, aunque el derecho internacional no exige la proporcionalidad cualitativa —o proporcionalidad «en especie»— en relación con las medidas que podrían denominarse represalias comunes, ella constituye un aspecto indispensable de la legitimidad de la suspensión o terminación en el marco del derecho de los tratados[155].

---

[151] La coincidencia puede resultar de que el contenido del artículo 60 sea la mera expresión en forma escrita del derecho general vigente en esta materia o de que el contenido de la parte correspondiente del derecho internacional general pasara ulteriormente a recoger el régimen establecido en el artículo 60 (y se ajustase después a él). Esta cuestión (que hay que dejar por ahora sin resolver) es muy discutida

[152] La suspensión y la terminación, incluso en los casos en que se recurre a ellas a raíz de una violación de derechos derivados de un tratado, o derechos convencionales, son sólo dos de los remedios de que dispone el Estado lesionado. Sobre este aspecto Cavaglieri ha declarado

> «Entre las causas que no determinan directamente *ipso jure* la extinción de un tratado, sino que producen ese efecto en la medida en que el Estado interesado invoca su derecho a dar por terminado el tratado, está sin duda, a nuestro juicio, el incumplimiento por una de las partes de una o varias disposiciones del propio tratado Ese incumplimiento no da lugar necesariamente, de manera automática, a la desaparición del tratado Este, a pesar del incumplimiento más o menos grave de uno de los contratantes, conserva todo su vigor, surte todos sus efectos La otra parte puede, ante esa infracción, optar por la vía que estime más conforme a sus intereses Puede tolerar el incumplimiento, sin ninguna reacción por su parte, puede exigir el debido cumplimiento del tratado y demandar al Estado culpable la reparación de los daños sufridos; o puede hacer a su vez caso omiso, a título de reciprocidad, de la norma violada Mas el incumplimiento del tratado la faculta asimismo para considerarse liberada de sus obligaciones, para declarar que ya no está obligada por ninguna cláusula de ese tratado.» («Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours .., 1929-I*, pág 534)

Véanse también Sereni, *op cit*, pág 1479; Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, pág. 206; Guggenheim, *Traité ..*, vol I, *op cit.*, págs. 219 y ss , Morelli, *op cit.*, pág 327, Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours..., 1978-I*, pág 79, y Dominicé, *loc cit.*, pág 28

[153] Véanse la opinión de la CPJI en el asunto del *Estatuto de Carelia oriental* (*C.P.J.I., serie C, N° 3*, vol II, págs 150 y 151) y la opinión del árbitro en el asunto de Tacna y Arica [AJIL, Washington (D C), vol 19, 1925, pág 415] En lo que concierne a la doctrina, véanse Hall, *A Treatise on International Law*, pág 409, McNair, *The Law of Treaties*, pág 571, Simma, «Reflections », *loc cit.*, pág 31; Guggenheim, *Traité* , vol I, *op cit*, pág 226, y Oppenheim, *op. cit.*, pág 947

[154] Capotorti, «L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours..., 1971-III*, pág 553

[155] «Reflections .», *loc cit.*, págs 21 y 22

Forlati Picchio se expresa en un sentido análogo[156]. El concepto de proporcionalidad cualitativa (o, lo que es lo mismo, el concepto de suspensión o terminación a título de reciprocidad) induce así a la mayoría de los estudiosos del derecho de los tratados a afirmar que, en los casos en que la parte infringida del tratado es separable del resto, la suspensión o terminación sólo es admisible respecto de la parte del tratado a que afecta la infracción. El Estado lesionado está obligado a no poner en tela de juicio el resto del tratado[157].

78. En relación con las contramedidas «contractuales» o «convencionales» se plantea otro problema especial con respecto a los requisitos de la previa demanda de cesación o reparación y el previo recurso a los procedimientos de solución disponibles. Aunque la previa demanda de cesación o reparación parece en general constituir preceptivamente una condición previa del recurso a medidas unilaterales para poner remedio a la situación consistente en la violación de una norma general, el mismo requisito no parece igualmente riguroso en el caso del recurso a la suspensión del cumplimiento de una obligación de un tratado o su terminación. En efecto, según una parte de la doctrina, la suspensión y la terminación parecen figurar entre los raros casos de medidas cuya legitimidad no depende de una previa demanda de cesación o reparación. En tal sentido se pronuncian, entre otros, Reitzer[158], McNair[159] y Lattanzi[160].

79. Otra parte de la doctrina, en cambio, parece inclinarse a pensar que, como otras formas de reacción unilateral, la suspensión y la terminación también deben ir precedidas de una demanda infructuosa de cumplimiento de la obligación «primaria» o «secundaria». Guggenheim, por ejemplo, opina que la terminación unilateral del tratado por causa de incumplimiento debe ir precedida de una conminación infructuosa acompañada de la concesión de un plazo razonable para que el infractor se allane a la demanda del Estado lesionado[161]. Simma entiende que la práctica y la jurisprudencia indican que:

> Cuando un Estado estima haber sido lesionado por una violación grave de un tratado, no está facultado de inmediato para darlo unilateralmente por terminado, sino que tiene que ajustarse a determinado procedimiento. Normalmente empezará con la presentación de una reclamación en la que pida la reanudación del cumplimiento o una respuesta a la demanda de terminación dentro de un plazo razonable Sólo en los casos bastante raros en que el Estado moroso reconoce desde el principio que ha violado sustancialmente el acuerdo de que se trata o en que no responde en absoluto a la reclamación, puede el Estado inocente proceder a dar por terminado el tratado Sin embargo, en todos los casos en que el Estado presuntamente moroso niega la realidad de la violación o su carácter de violación grave nace una «diferencia», cuya solución jurídica sólo es posible con el acuerdo de las partes En cualquier caso, se trata de una diferencia muy idónea para someterla, con miras a su solución, a un tribunal judicial o arbitral internacional La terminación unilateral del tratado violado sólo está permitida después de que el Estado lesionado por la violación haya tratado en vano de llegar a un acuerdo con el autor de la violación[162]

En ese mismo sentido se expresó Fitzmaurice en los informes sobre el derecho de los tratados que presentó a la CDI. En su opinión, las partes que se propongan presentar una demanda de terminación o nulidad del tratado deben notificar y motivar su pretensión a la otra parte y luego, después de que su pretensión haya sido rechazada o no haya sido satisfecha dentro de un plazo razonable, proponerle que se someta la cuestión a un tribunal arbitral o, a falta de aceptación del arbitraje, a la CIJ. Sólo si no se acepta esa propuesta dentro de un plazo razonable se podrá suspender unilateralmente el cumplimiento del tratado; y sólo después de transcurridos seis meses sin aceptación de la propuesta de los procedimientos de solución podrá darse por terminado el tratado mediante decisión unilateral[163].

80. También en este caso un estudio de la práctica internacional permitirá poner de manifiesto —*de lege lata* y *de lege ferenda*— si el recurso a la suspensión o la terminación debe estar sujeto a un régimen especial, y si tal recurso ha de estar sujeto a condiciones y requisitos diferentes y, probablemente, menos estrictos que los que se aplican a las contramedidas ajenas al ámbito del derecho de los tratados.

81. Un aspecto que tiene pertinencia en relación con las limitaciones absolutas de las medidas unilaterales en general, pero que plantea problemas especiales con respecto a la suspensión o la terminación de los tratados, es el que se refiere a los supuestos en que recurrir a uno u otro de tales remedios afecta a los derechos de Estados distintos del Estado infractor de la norma. La cuestión que se plantea es la de si es lícito, y en ese caso hasta qué punto, que un Estado suspenda o dé por terminado, como contramedida, un tratado multilateral. Los autores disienten ampliamente a este respecto. Fitzmaurice, por ejemplo, teniendo en cuenta la diversidad de las clases de obligaciones que se derivan de un tratado multilateral, propone una distinción. A un lado sitúa las obligaciones de carácter recíproco, es decir, las obligaciones llamadas «recíprocas» o «divisibles»[164]. Al otro lado sitúa las obli-

---

[156] Según Forlati Picchio, si bien el principio de proporcionalidad rige «el recurso a la suspensión basado en el principio general de la autotutela (represalias, autodefensa, o autoayuda en sentido estricto y legítima defensa)», en los casos de «terminación o suspensión con arreglo al principio *inadimpleti non est adimplendum* la proporcionalidad es sustituida por un criterio más específico, esto es, por el principio, típicamente sinalagmático, del *quid pro quo (corrispettivo)*» (*op. cit.*, pág 92)

[157] Compárese, por ejemplo, con el comentario al artículo 30 del proyecto de Harvard [véase Harvard Law School, *Research in International Law, III. Law of Treaties*, suplemento del AJIL, Washington (D C), vol 29, N° 4, 1935, págs 1134 a 1144], McNair, *op cit*, págs 570 a 573; y Sinha, *op cit*, pág 90 Asimismo, el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, al menos con respecto a la suspensión, utiliza la expresión «para suspender su aplicación [del tratado] total o parcialmente».

[158] *Op cit.*, págs 80 y ss

[159] *Op cit.*, pág 571

[160] *Loc cit.*, págs 542 y 544

[161] *Traité* . , vol I, *op cit.*, pág 228

[162] «Reflections », *loc cit*, págs 31 y 32 Pisillo Mazzeschi adopta una posición similar en *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, pág 339

[163] Véanse *Anuario 1958*, vol II, págs 24 y ss, documento A/CN.4/115, arts 2, 3, 7 a 19 y 23, y *Anuario 1959*, vol II, págs 48 y 55, documento A/CN 4/120, arts 12 y 37 a 39

[164] Véase *Anuario 1957*, vol II, pág 58, documento A/CN 4/107, art 19 El comentario al artículo 27 del proyecto de Harvard distingue, entre las clases de obligaciones derivadas de un tratado multilateral, aquellas cuya violación infringe directa y especialmente los derechos de sólo una de las partes (véase nota 157 *supra*) Sereni, en cambio, distingue el tipo de tratado multilateral respecto del cual la violación de una de sus obligaciones, incluso por una sola parte, frustra el objeto y el fin de todo el tratado para todas las partes (*op cit*, págs 1481 y 1482) Por el contrario, otro sector de la doctrina no distingue entre las diversas clases de obligaciones que nacen de un tratado multilateral, principalmente por entender, por una parte, que la terminación será

gaciones que exigen un cumplimiento integral (o sea, las obligaciones llamadas «integrales» o «indivisibles»). Así pues, el Estado lesionado puede adoptar legítimamente una medida unilateral de suspensión o terminación en virtud de las limitaciones o condiciones (relativas o absolutas) generalmente aplicables con respecto a cualquier obligación «divisible» o «recíproca» que vincule el Estado lesionado y el Estado infractor. Por el contrario, el Estado lesionado no podrá adoptar legítimamente ninguna medida unilateral de suspensión o terminación con respecto a cualquier obligación «indivisible» o «integral» (derivada del tratado multilateral infringido) cuyo incumplimiento constituya una violación del tratado en perjuicio de Estados participantes en el tratado distintos del Estado infractor, perjuicio que excede del simple daño jurídico inherente a la infracción misma de un tratado en que es parte un Estado.

82. El párrafo 1 del artículo 11 de la segunda parte del proyecto de artículos, propuesto por el anterior Relator Especial en 1984, refleja, en parte, las opiniones que se acaban de exponer. Dicho párrafo dice lo siguiente:

> El Estado lesionado no podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito cuando tales obligaciones se hayan estipulado en un tratado multilateral en el que ambos Estados sean partes y conste que:
>
> *a*) la falta de cumplimiento de esas obligaciones por un Estado parte afecta necesariamente al ejercicio de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones de todos los demás Estados partes en el tratado,
>
> *b*) esas obligaciones se han estipulado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes en el tratado multilateral, o
>
> *c*) esas obligaciones se han estipulado para la protección de las personas, fuere cual fuese su nacionalidad[165].

83. La cuestión que habrá que resolver es la de si la suspensión y la terminación de los tratados multilaterales, o de ciertos tipos de éstos, deben ser objeto en el proyecto de disposiciones separadas, o si el problema debe considerarse desde el punto de vista diferente y más amplio de la violación, a título de contramedida, de normas que enuncian obligaciones *erga omnes*. El problema se abordaría así desde un punto de vista más general, independientemente del carácter contractual o consuetudinario de las normas infringidas[166].

en principio inadmisible cuando cualquiera de los Estados participantes se encuentre en la situación de «tercer» Estado (con respecto a la violación) que puede resultar perjudicado por la medida (terminación) y, por otra parte, que la suspensión, en cambio, será admisible (Guggenheim, *Traité.* , vol I, *op cit.*, págs 228 y 229, McNair, *op cit.*, pág 580; Morelli, *op cit.*, págs 327 y 328, y Kelsen, *op cit*, pág 358).

[165] *Anuario 1985*, vol II (primera parte), págs 12 y 13, documento A/CN 4/389

[166] Véanse párrs 121 y 122 *infra*

CAPÍTULO VIII

La cuestión de los llamados regímenes autónomos

84. Vinculada con el posible carácter «especial» de las medidas consistentes en la infracción de normas convencionales está la cuestión de la relación entre las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados, por una parte, y, por la otra, las normas especiales que un tratado o un conjunto de tratados determinado puede enunciar para regular el supuesto de su violación. Este problema parece plantearse en el caso de los sistemas o combinaciones de sistemas convencionales que tienden a resolver, dentro de su propio marco contractual y especial, el régimen jurídico de un número más o menos considerable de relaciones entre los Estados partes, incluidas, en particular, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de los Estados partes en virtud del sistema. Tales consecuencias comprenden, en ciertos casos, medidas especiales, a veces institucionalizadas, contra las violaciones. De esto se desprende que tales sistemas pueden afectar hasta cierto punto, más o menos explícitamente, a la facultad de los Estados partes de recurrir a las medidas que, conforme al derecho internacional general, tienen a su disposición para poner remedio a la situación. Es con respecto a situaciones de este tipo que, al parecer, parte de la doctrina trata, en el marco del derecho de la responsabilidad de los Estados, de los regímenes «autónomos»[167].

85. El ejemplo más típico —y quizás más plausible— de tales regímenes es probablemente el «sistema» creado

[167] Según Riphagen, por ejemplo, estos sistemas constituyen «subsistemas», es decir, «una serie ordenada de normas de comportamiento, normas de procedimiento y disposiciones relativas a la condición jurídica, que constituyen un circuito jurídico cerrado para un campo particular de relaciones de hecho» (*Anuario. 1982*, vol I, 1731.ª sesión, párr 16). Dentro de un sistema de esta índole, las normas primarias y las normas secundarias están estrechamente entrelazadas y son inseparables Simma define de otro modo este concepto, y utiliza la expresión «régimen autónomo» en un sentido estricto y más específico «para designar determinada categoría de subsistemas, esto es, los que abarcan, en principio, un conjunto completo (exhaustivo y definido) de normas secundarias Un "régimen autónomo" sería, pues, un subsistema destinado a excluir más o menos totalmente la aplicación de las consecuencias jurídicas generales de los hechos ilícitos, en particular la aplicación de las contramedidas a que normalmente puede recurrir la parte lesionada» («Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, págs 115 y 116). En particular, en opinión de Simma, el concepto de «régimen autónomo» no sería apropiado para los subsistemas que establecen que, en caso de que un remedio especial incorporado en el tratado no produzca el efecto deseado, pasa a ser aplicable (de nuevo) un remedio más general basado en otro tratado (subsistema) o el derecho internacional consuetudinario (*ibid* , pág 117)

por los tratados que establecen la Comunidad Europea y las relaciones resultantes de ellos[168]. Otro ejemplo frecuentemente mencionado por los autores, incluido el anterior Relator Especial, es el «sistema convencional creado por los tratados de derechos humanos»[169]. Un régimen autónomo consistente en una combinación especialmente evidente de normas consuetudinarias y normas convencionales es, según un pronunciamiento jurisdiccional de la CIJ, «el derecho de las relaciones diplomáticas»[170]. La cuestión que se plantea en relación con estos «regímenes» es la de si la existencia de remedios especialmente previstos en ellos —remedios a veces más avanzados— afecta de algún modo a la posibilidad jurídica de los Estados partes de recurrir a las medidas previstas por el derecho internacional general o legítimas, por otro concepto, en virtud de este derecho.

86. Conviene, sin embargo, añadir inmediatamente que aunque el problema del «carácter especial» suele considerarse generalmente —y quizás con razón— que se plantea sobre todo en relación con el régimen de las contramedidas, no se limita a ese campo. Todo régimen autónomo real o supuesto puede afectar también a otras consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos y, en primer lugar, a lo que se ha denominado consecuencias sustantivas, regidas por los proyectos de artículos 6 a 10, que examina actualmente el Comité de Redacción[171].

87. El problema concierne, en términos generales, a todo el ámbito de la segunda parte del proyecto. En sí, este problema no debe examinarse en la sección de la segunda parte relativa a las contramedidas sino, más apropiadamente, en el marco de la sección o capítulo de la segunda parte que trata de los principios generales aplicables al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional. En particular, se trata de una cuestión próxima en muchos aspectos al problema general que es objeto del proyecto de artículo 2 de ese capítulo. Sin excluir la posibilidad de tratarla provisionalmente en una de las disposiciones finales del capítulo que ahora se examina, hay que tener presente que el proyecto de artículo correspondiente tendrá que incluirse en el lugar adecuado con ocasión de la segunda lectura del capítulo sobre los principios generales.

88. Por consiguiente, se estima prematuro abrir aquí el debate sobre los denominados regímenes «autónomos», tanto más cuanto que la documentación reunida hasta ahora sobre el tema induce a preguntarse si, y hasta qué punto, el concepto de los regímenes «autónomos» es realmente pertinente para la solución de los problemas de la responsabilidad de los Estados en relación con los cuales ha sido sacado hasta ahora a colación.

[168] Reuter y Combacau, *Institutions et relations internationales*, pág. 386; Sørensen, «Einige Rechtsordnungen — Skizze zu einige systemanalytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation», en *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von H. Kutscher*, 1981, pág. 431; Riphagen, en *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 38, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2, párrs. 72 y 73; y Simma, «Self-contained...», *loc. cit.*, págs. 125 y ss.

[169] Riphagen, en *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366 y Add.1; Simma, «Self-contained...», *loc. cit.*, págs. 130 y ss.; y Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, págs. 230 y ss.

[170] Véanse, sobre este problema, Dominicé, «Représailles et droit diplomatique», en *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber*, págs. 541 y ss.; Simma, «Reflections...», *loc. cit.*, págs. 120 a 122; Elagab, *op. cit.*, pág. 120; y Sicilianos, *op. cit.*, págs. 346 a 351.

[171] Para el texto de los artículos 6 y 7 propuestos por el Relator Especial, véase *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte) [nota 1 *supra*]; para el texto de los artículos 8 a 10, véase *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte) [nota 2 *supra*].

CAPÍTULO IX

El problema de los Estados lesionados de diferente manera

89. Otro problema es la identificación exacta del Estado o de los Estados que, según el caso, tengan derecho —o en determinados casos estén obligados— a reaccionar frente a un hecho internacionalmente ilícito. Junto con la percepción del carácter esencialmente inorgánico de las relaciones jurídicas que normalmente surgen de hechos internacionalmente ilícitos, el punto de partida de todo razonamiento sobre la materia es evidentemente el concepto de Estado lesionado, definición que de hecho se ha previsto como elemento esencial de la segunda parte del proyecto. Se trata del artículo 5 propuesto en 1984 y aprobado en primera lectura por la Comisión en 1985[172]. Sean cuales fueren los méritos de esa definición —se han formulado dudas en la Comisión y fuera de ella acerca de la plena idoneidad de esa definición— parece evidente que existen ciertamente diferencias de grado entre los Estados lesionados, desde el punto de vista de la naturaleza y la amplitud del daño sufrido.

90. Se están formulando así una serie de matizaciones, por parte de los estudiosos y en la Comisión, dentro del concepto o categoría general de «Estado lesionado». En un extremo se hallan términos como Estado o Estados «directamente» lesionados o afectados o Estado o Estados «especialmente» afectados y, en el otro extremo, Estados «no directamente» o «indirectamente» lesionados o afectados, o Estados «no especialmente» afectados o lesionados. Entre los dos extremos se hallan conceptos como Estados «más» o «menos directamente» afectados. Otro concepto utilizado es el de «tercer» Estado o «terceros» Estados. Considerando sin embargo que un Estado puede hallarse en una posición de «tercero» en relación con una obligación primaria o en relación con una determinada infracción (obligación secundaria), el térmi-

[172] *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

no «tercero» puede inducir a error. En el último sentido sería simplemente un sinónimo de Estado no lesionado, evidentemente en la posición de «tercero» en relación con el hecho ilícito, que como tal no reúne ninguna de las condiciones de la definición que figura, por ejemplo, en el artículo 5 de la segunda parte del proyecto. No obstante, el problema —tomando por el momento esa definición como punto de partida— no parece ser tanto determinar si un Estado pertenece o no a la categoría general de Estados lesionados como tener en cuenta el hecho de que esa categoría general incluye diferentes clases de Estados desde el punto de vista del daño y determinar qué consecuencias pueden derivarse de ello desde el punto de vista de la posición de cada Estado con respecto a sus derechos, facultades y posiblemente deberes.

91. Se ha señalado este problema a la atención de los tratadistas —especialmente desde la aprobación del artículo 19 de la primera parte[173]— en relación con los hechos ilícitos consistentes en violaciones de obligaciones *erga omnes*, más en particular con respecto a las consecuencias de los crímenes. El problema se refería en particular a las posibles reacciones (frente a hechos ilícitos de esa clase) por parte de Estados distintos del Estado que, como víctima de la violación notoria, era el «directamente» o «más directamente» afectado, actuando dichos Estados, conjuntamente o por separado, posiblemente dentro del marco de un régimen institucionalizado[174]. Sin embargo, los estudiosos y los miembros de la Comisión no tardaron mucho en advertir que se plantean problemas similares en relación con otros hechos ilícitos, en particular delitos, que implican jurídicamente, además del que los comete y de uno o más Estados directamente afectados, a *otros Estados*[175]. Entre estas situaciones se han considerado con frecuencia hasta ahora la violación de las normas de tratados multilaterales o de ciertas clases de normas contenidas en esos tratados, en particular las que crean los derechos y obligaciones internacionales o «integrales» (tratados de paz, tratados de desarme, tratados sobre el medio ambiente)[176]; incumplimiento de fallos de órganos judiciales internacionales[177]; incumplimiento, no necesariamente flagrante o masivo, de obligaciones relacionadas con los derechos humanos[178]; violación de la libertad de la alta mar[179]; mal uso de los recursos naturales de interés común[180]; y otras situaciones[181]. La Comisión ha considerado expresamente los casos de esos otros Estados abarcándolos en los incisos ii) y iii) del apartado *e* y el apartado *f* del párrafo 2 del mencionado proyecto de artículo 5. Según estas disposiciones, «Estado lesionado» significa:

e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que

[...]

ii) la lesión del derecho por el hecho de un Estado afecta necesariamente al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados partes en el tratado multilateral u obligados por la norma de derecho internacional consuetudinario, o

iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

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.

92. Una vez que los Estados que han sufrido «menos directamente» a causa de un hecho ilícito se definen como «lesionados» conforme al artículo 5 y por lo tanto quedan calificados como partes en la relación de responsabilidad, se plantea el problema de determinar si los derechos y facultades (y posiblemente los deberes) que se derivan para ellos del hecho ilícito están sujetos o no al mismo régimen que los del Estado «directamente» o «especialmente» afectado y, si la respuesta es negativa, a qué régimen[182]. El problema más difícil a este respecto

[173] *Anuario . 1980*, vol II (segunda parte), pág 31

[174] Este fue ciertamente el principal problema de que trató Riphagen en el contexto de lo que llamaba el «tercer parámetro», es decir «la situación de los terceros Estados respecto del hecho ilícito» [*Anuario 1980*, vol II (primera parte) [véase nota 140 *supra*], pág 125, párrs 62 y ss., especialmente 66 y ss] Sobre las facultades, derechos y deberes de los Estados «no directamente» afectados por un crimen, véanse, *inter alios*, Dupuy, «Action publique et crime international de l'État — À propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États», *Annuaire français de droit international, 1979*, pág 554, y «Le fait générateur de la responsabilité international des États», *Recueil des cours . , 1984-V*, pág 102, Zoller, *op. cit.*, pág 115, Alland, *loc cit*, págs 198 y ss ; De Guttry, *op cit.*, págs 283 y ss ; Spinedi, *International Crimes of State A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, págs 115 y ss ; Hutchinson, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *The British Yearbook of International Law*, 1988, págs 196 y ss , y Sicilianos, *op cit* , págs 135 y ss

[175] *Anuario .. 1980*, vol II (primera parte) [véase nota 140 *supra*], págs 120 y 121, párrs 37 a 42, y págs 125 a 127, párrs 62 a 65, De Guttry, *op cit.*, págs 290 a 301, Sachariew, «State responsibility for multilateral treaty violations identifying the "injured State" and its legal status», *Netherlands International Law Review*, 1988, págs 273 y ss , Hutchinson, *loc cit* , págs 164 a 196, y Sicilianos, *op cit* , págs 110 a 134

[176] Véanse nota 164 *supra* y, especialmente, Fitzmaurice en *Anuario . 1957*, vol II, págs 36 y ss Véanse también Sachariew y Hutchinson, *loc cit*

[177] Akehurst, *loc cit* , pág 14, Schachter, «Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions», AJIL, 1960, págs 11 y 12; Reisman, *Nullity and Revision The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, págs 793 y ss , y Sicilianos, *op. cit.*, págs 103 a 107

[178] Véanse, *inter alios*, Rougier, «La théorie de l'intervention d'humanité», RGDIP, 1910, págs 468 y ss . Schindler, «Le principe de non-intervention dans les guerres civiles», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, pág 481, y Riphagen, *Anuario. . 1985*, vol II (primera parte), pág 8, documento A/CN 4/389, comentario al artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos, párr 22.

[179] Tunkin, *Droit international public — Problèmes théoriques*, pág 223, Oppenheim, *International Law A Treatise*, vol I, pág. 308

[180] Tunkin, *op cit*, pág 223, Riphagen, *Anuario 1983*, vol II (primera parte) [véase nota 35 *supra*], párr 90

[181] Las situaciones de los Estados «no directamente» o «menos directamente» afectados vienen determinadas naturalmente, en esos casos, por los diferentes grados de interés de esta categoría de Estados lesionados o de cualquiera de ellos por el cumplimiento de sus obligaciones por otros y, principalmente, por los grados en que puede comprobarse que tal interés está jurídicamente protegido Hay referencias y ejemplos interesantes en Sachariew, *loc cit* , especialmente págs. 278 y ss , y Sicilianos, *op cit* , págs 100 y ss La cuestión merece ulterior estudio

[182] Este problema fue planteado expresamente en la Comisión por Riphagen, en opinión del cual parece claro «que hay que establecer una distinción, a efectos de determinar las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito, entre un Estado directamente afectado por una determinada violación de una obligación internacional (el "Estado perjudicado") y los demás Estados, sean o no partes en el tratado (multilateral) que crea la obligación En una escala de consecuencias jurídicas, la relación jurídica nueva creada por el hecho ilícito de un Estado es

(Continuación en la página siguiente)

es precisamente el de saber si los Estados llamados «indirectamente lesionados» tienen derecho a recurrir a contramedidas y, de ser así, si ese recurso está sujeto a limitaciones o condiciones diferentes —es de suponer que más estrictas— de las que se aplican a las medidas tomadas por el Estado «especialmente afectado»[183] Las publicaciones, que no son abundantes sobre este punto[184], parecen divididas Algunos autores niegan que los Estados «no directamente lesionados» tengan derecho a recurrir a medidas[185]. Otros, por el contrario, admiten esa posibilidad, al menos en ciertos casos[186].

93 Cabe señalar sin embargo que la materia de que estamos tratando en el presente capítulo se refiere a algo más que las simples contramedidas Aunque una parte considerable de la doctrina no estudia la cuestión, está también —y, en cierto sentido, en primer lugar— el problema de determinar si los llamados Estados «no directamente» lesionados tienen derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones sustantivas que implica la relación de responsabilidad[187], a saber, la cesación, la restitución en especie, la reparación por equivalencia y la satisfacción, incluidas las garantías de no repetición Por ejemplo, según Riphagen, un Estado «no directamente» lesionado no podría «exigir una indemnización de daños y perjuicios *ex tunc*, dado que, por definición, no se han lesionado sus intereses materiales Pero ese Estado puede muy bien tener interés (no material) en el restablecimiento *ex nunc* (en beneficio directo del Estado perjudicado) y en una garantía *ex ante* contra ulteriores violaciones»[188]

94 Está claro pues que los problemas que se derivan del grado en que un Estado puede ser lesionado rebasan el tema objeto de las contramedidas, porque se refieren también a las consecuencias sustantivas, y con complicaciones mayores aún, en el caso de los crímenes, debido a sus consecuencias sustantivas y procesales Si bien se pospone momentáneamente el análisis de estas últimas, que se examinarán cuando la Comisión aborde el tema de los crímenes, el Relator Especial cree que el esfuerzo inmediato debe centrarse en un análisis más a fondo de la práctica y la doctrina relativas a la posición de los llamados Estados «no directamente» lesionados, con miras a la preparación de una sección especial de la parte del proyecto relativa a las consecuencias de los delitos

95 En esta sección se propone determinar, a la luz de la práctica de los Estados y de los tribunales internacionales, si procede añadir a las distinciones entre los tipos de Estados lesionados que se exponen en el párrafo 2 del proyecto de artículo 5, ya adoptado, pero no exento de críticas[189], las diferencias en la situación jurídica de los Estados «especialmente» afectados, por una parte, y los Estados «no directamente» afectados, por otra Hay que determinar, en particular, si los llamados Estados no directamente afectados (a saber, los Estados lesionados previstos en las disposiciones citadas en el párrafo 91 *supra*) deben gozar del derecho a exigir la cesación, la restitución en especie, la reparación por equivalencia y/o la satisfacción, incluidas las garantías de no repetición y de la facultad de recurrir a contramedidas y, en tal caso, si esa facultad está o debe estar sujeta a condiciones y restricciones idénticas a las que se aplican a las medidas disponibles para los Estados «especialmente» afectados o diferentes de ellas Es necesario determinar también si deben establecerse nuevas distinciones dentro de la categoría general de Estados «no directamente» afectados, o si, contrariamente a las hipótesis formuladas hasta ahora, no existen o no deben existir diferencias reales con respecto a las consecuencias de los hechos ilícitos que actualmente se examinan, sobre la base de la «posición» diferente de los Estados «directamente» o «indirectamente» afectados como «partes activas» en la relación de responsabilidad Esta distinción sería en cierto sentido un concepto falso debido quizá a alguna imprecisión en el enfoque del problema de la determinación del lado activo de la relación de responsabilidad Sólo después de aclarar este punto se podría decidir si los derechos y facultades (y posiblemente los deberes) de los Estados «no directamente» afectados deben ser objeto de una sección o capítulo distinto, o si cualesquiera diferencias en la posición de los Estados «no directamente» afectados deben cubrirse mediante la modificación apropiada de los proyectos de artículos relativos a la posición de los Estados «directamente» afectados Hay por supuesto una tercera posibilidad que no sea realmente necesario adoptar artículos distintos ni adaptar los artículos generales para

---

(Continuación de la nota 182)
principalmente una relación entre el Estado culpable y el Estado (o los Estados) cuyos intereses materiales resultan directamente afectados por ese hecho ilícito» [*Anuario 1980*, vol II (primera parte) [nota 140 *supra*], pág 121, párr 42]

[183] Este es el tipo de distinción prevista, por ejemplo, en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en que el recurso a la suspensión o terminación de los tratados multilaterales es diferente para el Estado «especialmente afectado» y para los demás Estados partes Con arreglo al párrafo 2 de ese artículo

«2 Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará

»*a*) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea

»i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o

»ii) entre todas las partes,

»*b*) a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación,

»*c*) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado »

[184] Las referencias se basan en las publicaciones relativas específicamente a las consecuencias de delitos, dejando por el momento la doctrina relativa a los crímenes, que se examinará en una etapa ulterior

[185] Partsch, «Reprisals», *loc cit*, Graefrath, *loc cit*, pág 86, y Hutchinson, *loc cit*, pág 170

[186] Oppenheim, *International Law* , vol I, *op cit*, pág 308, Tunkin, *op cit*, pág 223, Pisillo Mazzeschi, *op cit*, págs 216 y ss especialmente págs 335 y ss, Zoller, *op cit*, págs 115 y ss, y De Guttry, *op cit*, págs 295 a 298

[187] Pueden hallarse interesantes reflexiones sobre esta cuestión en las obras ya citadas de Sachariew (nota 175 *supra*) y Hutchinson (nota 174 *supra*)

[188] *Anuario 1980* vol II (primera parte) [nota 140 *supra*] pag 121, parr 40

[189] Veanse las observaciones criticas formuladas por Sachariew *loc cit* pags 274 a 276 y Sicilianos *op cit* pags 116 a 119

abarcar esa situación. En otros términos, es posible que la situación de los Estados «no directamente» lesionados con respecto a derechos sustantivos y contramedidas se deje depender, simplemente, de la aplicación normal de las reglas generales que rigen las consecuencias sustantivas y procesales de los hechos internacionalmente ilícitos. Esta tercera posibilidad podría ser la más probable por el hecho de que las peculiaridades de la situación de los Estados «no directamente» afectados podrían muy bien ser una cuestión de grado.

CAPÍTULO X

Problemas de las limitaciones sustantivas

96. Lo más importante, en la esfera que ahora se examina, es, por supuesto, el conjunto de problemas relativos a los medios que los Estados lesionados pueden utilizar legítimamente —por separado o conjuntamente— en ejercicio de su facultad de reaccionar unilateralmente frente a un hecho internacionalmente ilícito. Estos problemas son los siguientes: *a*) la ilegalidad del recurso a la fuerza; *b*) el respeto de los derechos humanos en el sentido más amplio; *c*) la inviolabilidad de los enviados diplomáticos y consulares; y *d*) el cumplimiento de normas imperativas y obligaciones *erga omnes*. La dificultad de estas materias impone una evaluación separada, por breve que sea, de las principales cuestiones a que respectivamente afectan.

A.—La prohibición del recurso a la fuerza

97. La principal proposición que ofrece la doctrina jurídica y que confirman diversos pronunciamientos autorizados de órganos políticos y judiciales internacionales[190] es, por supuesto, la condena de toda forma de represalias o contramedidas armadas. Más concretamente, la opinión predominante es que esa condena no es sólo una cuestión de derecho contractual, que reviste la forma de la Carta de las Naciones Unidas, sino que, junto con todo el contenido del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, esa prohibición habría pasado a ser una parte del derecho internacional general no escrito[191].

98. Según otras opiniones, basadas en algunas prácticas persistentes, podría haber formas de recurso a la fuerza unilateral (individual o colectivo) que habrían sobrevivido a la prohibición tajante del párrafo 4 del Artículo 2, o reaparecido como forma justificable de reacción en virtud de los conceptos de represalias armadas o mediante el uso de la fuerza o de legítima defensa[192]. Según algunos de los escritores que sostienen más o menos resueltamente dichas opiniones «una proscripción total de las represalias armadas... presuponía un grado de

[190] Entre los principales elementos en que se apoya la condena de las represalias armadas se pueden señalar la posición adoptada por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo) con respecto a la operación de limpieza de minas efectuada por la armada británica en ese Estrecho («Operation Retail») [*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35, véase también *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte) [nota 110 *supra*], pág. 41, párr. 89], las resoluciones del Consejo de Seguridad 111 (1956) de 19 de enero de 1956, 171 (1962) de 9 de abril de 1962, y 188 (1964) de 9 de abril de 1964, el párrafo 6 del primer principio de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (nota 106 *supra*), el apartado *c* de la sección II del párrafo 2 de la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados (resolución 36/103 de la Asamblea General, anexo), y el fallo de la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (nota 16 *supra*), pág. 127, párrs. 248 y 249. El Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (firmada en Helsinki el 1° de agosto de 1975) contiene también una condena expresa de las medidas de uso de la fuerza. Parte del Principio II de la Declaración dice lo siguiente: «Se abstendrán igualmente [los Estados participantes] en sus relaciones mutuas de cualquier acto de represalia por la fuerza» (Acta Final, Lausana, Imprimeries réunies, pág. 143).

[191] En el sentido de que la prohibición de las represalias armadas ha adquirido la condición de una norma general («consuetudinaria»), la doctrina contemporánea (en conformidad con el fallo de la CIJ de 1986 citado en la nota 190 *supra*) es casi unánime, véanse Brownlie, *International Law ..., op. cit.*, págs. 110 y ss., y en particular págs. 281 y 282, Reuter, *op. cit.*, págs. 510 y ss., en particular págs. 517 y 518, Cassese, *op. cit.*, pág. 160, Thierry y otros, *Droit international public*, 1986, págs. 192, 493 y ss., en particular pág. 508, Conforti, *op. cit.*, pág. 356, Dominicé, «Observations », *loc. cit.*, pág. 62, Lattanzi, *op. cit.*, págs. 273 a 279, Venezia, *loc. cit.*, págs. 465 y ss., sobre todo pág. 494, Salmon, *loc. cit.*, pág. 186, Riphagen, *Anuario 1983*, vol. II (primera parte) [nota 140 *supra*], pág. 16, párr. 81. La minoría que duda del carácter *consuetudinario* de la prohibición es igualmente firme en cuanto al reconocimiento de la existencia de una condena unánime de las represalias armadas en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, como se reafirma en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (nota 106 *supra*), véanse, por ejemplo, Kunz, «Sanctions in international law», AJIL, 1960, págs. 325 y ss., Morelli, *op. cit.*, págs. 352, 361 y ss.; Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours , 1972-III*, pág. 536. Es también significativo que la mayoría de las monografías recientes sobre las represalias se limiten expresamente a las represalias o medidas «no armadas» o, quizás con menos precisión, «no consistentes en el uso de la fuerza» (se piensa, en particular, en las obras mencionadas de De Guttry, Zoller y Elagab). Estos autores suponen evidentemente que «la prohibición de recurrir a represalias que impliquen la fuerza armada ha adquirido el rango de una norma de derecho internacional general» (De Guttry, *op. cit.*, pág. 11).

[192] Falk, «The Beirut raid and the international law of retaliation», AJIL, 1969, págs. 415 a 443, Bowett, «Reprisals », *loc. cit.*, págs. 1 a 36, Tucker, «Reprisals and self-defense: The customary law», AJIL, 1972, págs. 586 a 596, Lillich, «Forcible self-help under international law», *United States Naval War College — International Law Studies* (vol. 62) *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, vol. II, *The Use of Force, Human Rights and General International Legal Issues*, pag. 129, Levenfeld, «Israeli counter-*fedayeen* tactics in Lebanon: Self-defense and reprisal under modern international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982, pág. 148, y Dinstein, *op. cit.*, págs. 202 y ss. Para una revisión crítica de estas publicaciones, véase Barsotti, «Armed reprisals», en *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, págs. 81 y ss.

cohesión de la comunidad y, con ello, una capacidad para actuar colectivamente a fin de suprimir todo recurso a la fuerza ilegítima que simplemente no se ha logrado»[193]. Otra causa para recurrir a medidas de uso de la fuerza parecería ser el hecho de que durante los últimos decenios las actividades de las guerrillas han aumentado enormemente. Por lo que respecta al derecho sobre las represalias armadas estas actividades plantean un problema especial[194]. Al analizar incidentes en el contexto israelí-palestino presentados al Consejo de Seguridad, un autor llegó a la conclusión de que el Consejo de Seguridad nunca ha podido poner fin a la práctica de represalias y quizá esté pasando ahora a una aceptación parcial de las represalias «razonables»[195]. Dicho autor observó que si esta tendencia persiste llegaremos a una situación en que si bien las represalias siguen siendo ilegales *de jure*, llegan a aceptarse *de facto*[196]. Otro autor va resueltamente más allá cuando observa que en la práctica resulta indispensable el uso de la coerción armada para proteger los objetivos de la Carta:

> Quizá sea necesaria alguna forma de restablecimiento de las represalias —si no en el sentido más clásico, en un sentido más limitado— como una especie de instrumento sancionador en virtud del derecho internacional[197]

En lo que respecta a las soluciones jurídicas o cuasi jurídicas, se han expuesto tres diferentes corrientes de pensamiento para reducir la discrepancia entre el derecho y la práctica real. Un autor trata de desarrollar un marco de criterios (de lo razonable), cuyo respeto daría lugar a la no condena de determinadas medidas armadas[198].

> El resultado redefine el derecho de un Estado individual a hacer uso de la violencia de manera que minimice la desviación de las interpretaciones de las normas de la Carta generalmente acordadas[199]

Otro autor sugiere que se interprete el concepto jurídico de legítima defensa en un sentido amplio para que comprenda las medidas de uso de la fuerza[200]. Otro autor parece intentar una combinación de ambos métodos acen-

---

[193] Bowett, «Reprisals », *loc cit*, pág 2 (pero consideraciones similares se han expuesto anteriormente véanse, por ejemplo, Colbert, *Retaliation in International Law*, y Stone, *Aggression and World Order A Critic of United Nations Theories of Aggression*, especialmente págs 92 y ss) Bowett continúa diciendo «Como los Estados están cada vez más decepcionados de la capacidad del Consejo de Seguridad para concederles protección contra lo que considerarían como conducta ilegal y muy perjudicial dirigida contra ellos, han recurrido a la autodefensa en forma de represalias y han adquirido la confianza en que al hacerlo así no incurrirán en nada más que una censura formal por parte del Consejo de Seguridad» (pág 2)

[194] Sobre esta materia, Taulbee y Anderson han escrito lo siguiente

> «Las fuerzas de guerrilla que tratan de derribar a gobiernos establecidos operan con frecuencia desde refugios situados en Estados adyacentes [.] El Estado de refugio aduce con frecuencia falta de competencia o de conocimiento [ ], no dejando al Estado objetivo ningún recurso lícito viable más allá de las medidas que puede adoptar dentro de sus propias fronteras »

«Reprisal *Redux*», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1984, págs 309 y ss , particularmente pág 322

[195] Bowett, «Reprisals », *loc cit*, pág 21

[196] *Ibid*, págs 10 y 11 Bowett y otros autores subrayan que estas realidades de la práctica de los Estados no se pueden desconocer, especialmente dado que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha parecido en varias ocasiones condonar las medidas de uso de la fuerza

[197] Lillich, *loc cit*, pág 133

[198] En su artículo sobre la incursión de Beirut y el derecho internacional de represalia, Falk mantiene que es imposible o al menos carece de realismo sostener la prohibición absoluta de las represalias armadas Sugiere un marco que encierre directrices o políticas generales para que los Estados limiten el recurso a las medidas de uso de la fuerza y su intensidad y duración en períodos de paz

> «1) Que la carga de la persuasión recaiga en el gobierno que promueve el uso oficial de la fuerza a traves de fronteras internacionales,
>
> »2) Que el gobierno que usa de la fuerza demuestre convincentemente su carácter defensivo relacionando el uso de la fuerza con la protección de la integridad territorial, la seguridad nacional o la independencia política,
>
> »3) Que exista un vínculo auténtico y sustancial entre la previa comisión de actos de provocación y la afirmación resultante de actuar en represalia,
>
> »4) Que se haga un esfuerzo diligente para lograr satisfacción mediante persuasión y medios pacíficos durante un período razonable, incluido el recurso a las organizaciones internacionales,
>
> »5) Que el uso de la fuerza sea proporcional a la provocación y esté calculado para evitar su repetición en el futuro y que se tomen todas las precauciones para evitar el daño excesivo y la pérdida innecesaria de vidas, especialmente en lo que respecta a civiles inocentes,
>
> »6) Que la fuerza de represalias se oriente principalmente contra objetivos militares y paramilitares y contra el personal militar,
>
> »7) Que quien hace uso de la fuerza de una explicación inmediata y seria de su conducta ante el órgano o los órganos pertinentes de la comunidad y trate de obtener de éstos la vindicación de su acción,
>
> »8) Que el uso de la fuerza equivalga a un claro mensaje de comunicación al gobierno objetivo de manera que se indiquen con claridad las líneas generales de lo que constituye la provocación inaceptable,
>
> »9) Que quien utiliza la fuerza no pueda lograr sus propósitos de represalias actuando dentro de su propio territorio y por consiguiente no pueda evitar la injerencia en las prerrogativas soberanas de un Estado extranjero,
>
> »10) Que quien utiliza la fuerza trate de lograr una solución pacífica de la controversia subyacente en términos que parezcan justos y sensibles a los intereses de su adversario,
>
> »11) Que la línea de conducta de la cual el uso de la fuerza en represalia es un ejemplo muestre deferencia a las consideraciones 1 a 10 y que sea evidente la disposición a llegar a un acuerdo con respecto a la voluntad de la comunidad internacional,
>
> »12) Que en la evaluación del uso de la fuerza en represalia se tengan en cuenta la duración y calidad del apoyo, en su caso, que el gobierno objetivo ha dado a empresas terroristas » (*Loc cit*, págs 440 a 442)

[199] Taulbee y Anderson, *loc cit*, pág 325

[200] En 1972 Tucker afirmó que el derecho a recurrir a represalias mediante el uso de la fuerza formaba parte del derecho consuetudinario de legítima defensa incluido en la interpretación amplia del Artículo 51 «La esencia de las medidas prohibidas por el párrafo 4 del Artículo 2 puede en efecto permitirse a guisa de legítima defensa en virtud del Artículo 51» (*loc cit*, pág 594) «En realidad, tan amplia es la licencia que concede el derecho consuetudinario de legítima defensa que resulta difícil comprender qué añaden de significativo las represalias mediante el uso de la fuerza al derecho del Estado de utilizar la fuerza en su autodefensa que no esté implícito ya en la legítima defensa» (*ibid*, pág 593) «Si bien existe una diferencia en las condiciones que se sostiene que rigen el ejercicio de represalias mediante el uso de la fuerza y la legítima defensa [en el caso de las represalias un Estado debe haber tratado primero de obtener reparación del presunto daño por medios pacíficos] (*ibid*, pag 590), incluso esta diferencia parece muy modesta cuando se aplica al comportamiento ilegítimo provocativo que se da en el contexto de una relación generalmente antagónica entre Estados» (*ibid*, pag 593) Tambien Dinstein trató recientemente de justificar ciertos tipos de represalias armadas (a saber las realizadas contra actos de terrorismo) ampliando el ámbito de la excepción de la legítima defensa prevista en el Artículo 51 de la Carta En particular, este autor distingue entre «represalias ofensivas», que se incluirían en la prohibición del párrafo 4 del Artículo 2, y «represalias defensivas», que, por el contrario, quedarían exentas de esta prohibición en virtud del Artículo 51 (*op cit*, págs 201 y ss)

tuando al mismo tiempo la necesidad de misiones internacionales eficaces de determinación de los hechos[201].

99. La práctica de los Estados que ha dado origen a los análisis indicados —una práctica ciertamente no tan abundante y geográficamente limitada— plantea en efecto cuestiones. La principal cuestión es determinar si la condena absoluta del uso de la fuerza contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 se aplica incluso en caso de hechos ilícitos que impliquen fuerza, pero que no sean propiamente ataques armados (agresión) y, por lo tanto, no justifiquen la legítima defensa con arreglo a su definición estricta, o si son admisibles o tolerables excepciones a dicha regla estricta y, de ser así, en qué circunstancias y en qué condiciones jurídicas. Con arreglo a las doctrinas mencionadas, cabe suponer que los ejemplos serían la reacción armada a formas de agresión indirecta y terrorismo. Sin embargo, no hay que olvidar que el problema de la licitud se plantea también en relación con las represalias de uso de la fuerza a las que se recurre como reacción frente a hechos ilícitos que no implican fuerza armada aunque sean particularmente graves. Nos referimos a casos de recurso a la fuerza como reacción frente a la «agresión económica», a violaciones de la libre determinación[202] o para salvaguardar las vidas de los nacionales en un Estado extranjero o en aras de otros fines humanitarios no nacionales[203].

100. Aun reservando toda conclusión con respecto al recurso de la fuerza como reacción frente a hechos ilícitos calificados de crímenes de Estado en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto, no se puede llegar a ninguna conclusión definitiva con respecto a la aplicabilidad de las posiciones doctrinales en cuestión a las contramedidas contra hechos ilícitos ordinarios. Sólo se puede indicar, con sujeción a un análisis más exacto, una inclinación a creer que esas posiciones no deben incluirse, ni siquiera *de jure condito*, en el marco de las consecuencias de los delitos internacionales. No se puede pensar cómo la Comisión podría admitir la menor derogación a la prohibición de las represalias armadas que implica el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y que se destaca en la parte pertinente de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[204]. Los argumentos sobre la necesidad de alterar las prohibiciones actuales para adaptarlas a las realidades de la práctica de los Estados no son convincentes[205].

101. Otro problema que se ha planteado en la doctrina y en la práctica con respecto a la condena del empleo de la fuerza es la posible repercusión de esa prohibición en la legitimidad de la coerción económica (o ciertos tipos de la misma) como forma de contramedida. Con arreglo a la interpretación más ampliamente aceptada de la prohibición de la fuerza, en particular del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas (y de toda regla «equivalente» de derecho internacional general), el término «fuerza» significa fuerza militar únicamente. Cualesquiera formas de coerción económica objetables sólo podrían condenarse —como algunas de ellas están condenadas expresamente en instrumentos internacionales distintos de la Carta— como parte de la norma diferente que prohíbe la intervención o determinadas formas de la misma[206]. En particular las medidas de coerción económica estarían prohibidas —por la Carta de la

---

[201] Aunque también estima que la discrepancia entre el derecho y la práctica real se reduciría si «el Consejo adoptara una concepción más amplia de la legítima defensa», Bowett sigue sosteniendo, contrariamente a Tucker, que las represalias armadas están prohibidas en el derecho internacional

> «La posición clara es que el Consejo, como cuestión de principio, condena las represalias armadas por considerarlas ilegales La posición confusa surge del hecho de que el Consejo no condene en ciertas circunstancias [.] El principio como parte de la prohibición más amplia del uso de la fuerza es *jus cogens* y *ninguna práctica inconsistente e irregular de un órgano de las Naciones Unidas puede alterar una norma de este carácter** [ ] Tanto más cuanto que [. .] en el contexto de la aprobación de la Declaración sobre los principios de derecho internacional [ ] por la Asamblea General en octubre de 1970, *la reiteración del principio formal de la ilegalidad de las represalias armadas fue totalmente categórica**» («Reprisals ..», *loc cit*., págs 21 y 22)

No obstante, puesto que los Estados a veces hacen caso omiso de esta prohibición y dado que hay que evitar una grave degeneración del derecho, Bowett propone un enfoque triple del problema de restringir el recurso a las represalias mediante el uso de la fuerza Primero apoya, con algún matiz, el marco de Falk como «guía de la moderación por parte de quienes adoptan las decisiones . con objeto de contener las represalias dentro de los límites de lo razonable» (*ibid*, pág 32) En segundo lugar propone «el establecimiento de un *mecanismo apropiado y eficaz para la determinación de hechos y el examen intermedio por organismos imparciales, con autoridad derivada de órganos internacionales competentes y no de las partes**» (*ibid)* La última sugerencia de Bowett sobre la restricción del recurso a represalias mediante la fuerza es la «aplicación de una limitación en la forma de *sanciones por órganos competentes** de examen final, como el Consejo de Seguridad o, excepcionalmente, un órgano regional apropiado, con el fin de asegurar el cumplimiento de la censura autorizada de toda política de represalias o actividades ilegales que puedan dar lugar a represalias» *(ibid)*

[202] Sobre estas cuestiones, véase Sicilianos, *op cit*, págs 389 a 395 y 427 a 455

[203] Véanse, en particular, Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, y Bowett, «The use of force for the protection of nationals abroad», en *The Current Legal Regulation , op cit*, págs 39 a 55

[204] Véase nota 106 *supra*

[205] En palabras de Taulbee y Anderson, «esos argumentos se apoyan en acontecimientos y situaciones que son transitorios o que no son susceptibles de control por medios jurídicos» (*loc cit*, pág 333) Dichos argumentos son aun menos convincentes porque «la idea de que el derecho debe autorizar lo que no puede limitar es especialmente perniciosa [.] La actitud prudente es tolerar ciertas prácticas cuando la necesidad lo exige en lugar de investirlas de la santidad de una norma jurídica El desorden aparente de la vida contemporánea no debe reducir la visión de la Carta» (*ibid*, págs 333 y 334) De igual modo, Barsotti observa que «desde un punto de vista *cuantitativo** (es decir, juzgando por la frecuencia de las acciones pertinentes) la divergencia entre la prohibición de las represalias armadas, incluida en la Carta, y la práctica real no es tan grave como para dar motivos para creer que hay un proceso de degeneración de la prohibición en cuestión» (*loc. cit*, pág 90)

[206] Véanse Waldock, *loc cit*, págs 493 y 494, Oppenheim, *International Law* , vol II, *op cit*, pág 153, Bowett, «Economic Coercion », *loc cit*, pág 1, Lillich, «The status of economic coercion under international law United Nations norms», en *Conference on Transnational Economic Boycotts and Coercion*, págs 116 y 117, Beirlaen, «Economic coercion and justifying circumstances», RBDI, 1984-1985, pág 67, Virally, Commentaire du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, en *La Charte des Nations Unies*, págs 120 y 121, Leben, *loc cit*, págs 63 a 69, Malanczuk, «Countermeasures », *loc cit*, pág 737, Elagab, *op cit*, pag 201, Seidl-Hohenveldern, «International economic law» *Recueil des cours , 1986-III*, págs 200 y 201, *Restatement of Law Third, op cit*, pag 383, y Sicilianos, *op cit*, págs 248 a 253

OEA[207], la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General y otros instrumentos, incluido el Principio VI del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa[208]— siempre que se recurra a ellas contra un Estado «para obtener de él la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos y ventajas de cualquier tipo»[209].

102. La tesis contraria, con arreglo a la cual el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohibiría no sólo las represalias armadas, sino también la coerción económica, se ha mantenido inicialmente en declaraciones oficiales y análisis doctrinales de los países en desarrollo y de los países socialistas[210]; pero, a raíz del embargo del petróleo árabe de 1973, incluso algunos autores occidentales apoyaron esta posición[211]. Según una opinión diferente, basada entre otras cosas en la inexistencia en la Carta de las Naciones Unidas de una disposición, aparte del párrafo 4 del Artículo 2, que condene las medidas coercitivas individuales, sería más correcto pensar que siempre que una medida de coerción económica asuma tales características y dimensiones que determine consecuencias que equivalgan a una «estrangulación» del Estado objetivo, la forma de violencia que implica no difiere en cuanto a su finalidad o resultado del ejercicio del recurso a la fuerza armada. Hay que admitir, ante tal posibilidad, que el término «fuerza» significa algo más que simplemente la fuerza armada. Ciertamente debe entenderse lógicamente que la prohibición contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta «abarca también medidas de presión económica o política aplicadas hasta tal punto y con tal intensidad que sean el equivalente de la agresión armada o, en todo caso, en defecto de ese extremo, para forzar la voluntad del Estado víctima y obtener ventajas indebidas» para el Estado que las aplica[212]. Esta variedad de opiniones impone una investigación atenta de la práctica de los Estados para determinar si el recurso a ciertos tipos de medidas económicas contra un Estado que obra mal puede constituir, en determinadas condiciones extremas, un recurso ilegítimo a la fuerza. En tal caso, hay que determinar además si esa práctica debe prohibirse en virtud de la misma norma (escrita y no escrita) que prohíbe la fuerza armada o en virtud de la norma que prohíbe determinadas formas de intervención.

B.—El respeto de los derechos humanos y otros valores humanitarios

103. La necesidad de imponer a las represalias limitaciones dictadas por las «supremas exigencias de la civilización y el humanitarismo» parece haberse manifestado principalmente, al principio, en la regulación de las represalias beligerantes. Fue sobre todo en época de guerra cuando esas exigencias llegaron a sacrificarse con más frecuencia. Sin embargo, la creencia en la existencia de límites éticos inviolables al ejercicio de las represalias llevó pronto al reconocimiento de que las limitaciones de las represalias en época de guerra debían aplicarse *a fortiori* en tiempo de paz[213]. Un ejemplo apropiado es, una vez más, la doctrina que se aplicó en el asunto de las *Colonias portuguesas* (incidente de Naulilaa)[214], según la cual para que una represalia sea legítima debe estar «limitada por las experiencias de la humanidad y las reglas de buena fe aplicables en las relaciones de Estado a Estado»[215].

104. Las «supremas exigencias» en cuestión (tal como se aplican en tiempo de paz) afectan en primer lugar a los límites dentro de los cuales las represalias no pueden ilegalmente causar daños a los nacionales extranjeros. Sea cual fuere la gravedad de la violación de que se trate, las medidas del Estado lesionado no pueden ser de tal naturaleza que pisoteen ciertos principios fundamentales de humanitarismo en detrimento de los nacionales del Estado ofensor en el territorio del Estado lesionado, violando su derecho a la vida o su derecho a no ser sometidos a violencia física o moral, en particular a tortura, esclavitud o cualquier otra indignidad[216].

105. Además de la exigencia de la protección de los nacionales extranjeros se subrayó también muy pronto la importancia del respeto de los principios humanitarios fundamentales en general Por ejemplo, en el curso de

---

[207] Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 119, pág 4), modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág 266)

[208] Véase nota 190 *supra*.

[209] Por lo que respecta a esta interpretación, véase Bowett, «Economic coercion...», *loc. cit.*, págs. 2 y 3, Blum, «Economic boycotts in international law», en *Conference on Transnational Economic Boycotts..., op cit.*, pág 96; Malanczuk, «Countermeasures. .», *loc. cit*, pág 737; Beirlaen, *loc cit.*, pág 67; Seidl-Hohenveldern, «The United Nations and economic coercion», RBDI, 1984-1985, pág 11, y Salmon, *loc cit.*, pág 186 Sobre este punto, véase también Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques* (tesis presentada en la Universidad de Ginebra en 1990), págs 149 a 151.

[210] Véanse, entre otras cosas, la posición de Žourek, «La Charte des Nations Unies interdit-elle le recours à la force en général ou seulement à la force armée?», en *Mélanges offerts à Henri Rolin*, págs 530 y ss ; y la de Obradovic, «Prohibition of the threat or use of force», en *Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation*, págs 76 y ss

[211] Paust y Blaustein, «The Arab oil weapon A threat to international peace», AJIL, 1974, págs 420 y ss.

[212] Arangio-Ruiz, «Human rights and non-intervention in the Helsinki Final Act», *Recueil des cours ., 1977-IV*, pág. 267. Una posición parecida adopta Cassese, *op cit.*, pág 163

[213] Véanse Lattanzi, *op cit*, págs 293 a 302, y, en el mismo sentido, De Guttry, *op cit*, págs 268 a 271 Después de explicar que el recurrir a una u otra de las posibles medidas coercitivas depende de la elección de los Estados, Anzilotti señaló que los Estados no son absolutamente libres al elegir y, después de enumerar una serie de actos que están condenados por las leyes de la guerra aunque constituyen un mal menor en comparación con la guerra misma, llegó a la conclusión de que *a fortiori* había que condenarlos en tiempo de paz (*Corso di diritto internazionale pubblico*, vol III, págs 166 y 167)

[214] Nota 64 *supra*

[215] *Recueil des sentences arbitrales*, II, pág 1026

[216] Por ejemplo, ya en 1888, a raíz de la violación por los Estados Unidos de América del Tratado de 1880 sobre la inmigración de nacionales chinos (la «Chinese Exclusion Act»), China, a la vez que suspendió el cumplimiento de sus obligaciones convencionales para con los Estados Unidos, decidió no obstante respetar, por razones humanitarias, los derechos de los nacionales de los Estados Unidos bajo jurisdicción china (*Foreign Relations of the United States*, 1889, pág 132) Recientemente, en su comentario al artículo 905, el *Restatement of the Law Third* afirma que «las medidas de autodefensa contra el Estado ofensor no pueden incluir medidas contra los nacionales del Estado que sean contrarias a los principios que rigen los derechos humanos y el *trato de los nacionales extranjeros**» (*op cit*, pág 381)

los debates de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones sobre la aplicación y enmienda del artículo 16 del Pacto con respecto a las medidas económicas que se habrían de aplicar en caso de agresión, se expresó repetidas veces la preocupación de no poner en peligro en ningún caso las relaciones humanitarias[217]. La resolución de 1934 del Instituto de Derecho Internacional dice en el párrafo 4 del artículo 6 que en el ejercicio de represalias un Estado debe «abstenerse de toda medida de rigor que sea contraria a las leyes de la humanidad y a las exigencias de la conciencia pública»[218].

106. La repercusión de los principios generales en cuestión se ha fortalecido y especificado gracias al desarrollo relativamente reciente de ese *corpus* sustancial de reglas que constituyen el derecho contemporáneo de los derechos humanos. Dejando aparte la cuestión de si las normas de los tratados en materia de derechos humanos se han convertido o están próximas a convertirse en parte del derecho internacional general y en qué medida, no cabe duda de que esta evolución introduce una nueva restricción de la libertad de los Estados para recurrir a formas de represalias que puedan poner en peligro los intereses humanos para la protección de los cuales se ha producido esa evolución[219].

107. Indicaciones expresas a tal efecto figuran en las disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados «podrán adoptar disposiciones que... suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto» solamente «en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación»; e incluso en circunstancias de ese tipo los Estados no han de tomar medidas que vulneren algunos principios fundamentales del humanitarismo. Se ha inferido que los derechos previstos en el Pacto no pueden violarse con medidas tomadas como reacción ante un hecho internacionalmente ilícito[220]. Por su parte, el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados prevé que no podrá recurrirse en ningún caso a la suspensión o terminación —parcial o total— de un tratado en caso de violación grave con respecto «a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario»[221]. Schachter opina que los «tratados incluidos en este párrafo comprenden evidentemente los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, los diversos tratados de derechos humanos y las convenciones sobre el estatuto de los refugiados, el genocidio y la esclavitud»[222].

108. Naturalmente, queda por ver en qué medida normas como aquellas en las que no se hace mención expresa de las medidas de reacción frente a un acto internacionalmente ilícito condicionan la elección de los Estados lesionados con respecto a las medidas que pueden adoptarse en virtud del derecho internacional general. En particular, puede plantearse la cuestión de determinar si las limitaciones de dicha elección pueden derivarse también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y hasta qué punto.

109. Las normas evocadas en los párrafos precedentes son interpretadas de manera bastante amplia por algunos autores. Afirman, por ejemplo, que las limitaciones no sólo pueden derivarse de los tratados y de las normas generales de derechos humanos (o del derecho humanitario de los conflictos armados), sino de cualesquiera normas que tengan por objeto en cualquier sentido salvaguardar los intereses morales y materiales de la persona humana. Un Estado lesionado no puede pues reaccionar dando por terminado (ni siquiera suspendiendo) un tratado[223] que prevea formas de asistencia económica al Estado ofensor con miras a mejorar las condiciones de una parte de la población de este último. Con ello se deben salvaguardar, por ejemplo, las obligaciones de los Estados lesionados en la esfera de la cooperación internacional para el desarrollo prevista en el marco del Nuevo Orden Económico Internacional[224]. Pero otros autores, como Conforti[225], adoptan una posición contraria.

110. La dificultad de fijar el límite más allá del cual las contramedidas son o deben ser condenadas por la violación de obligaciones humanitarias en un sentido amplio reside en la determinación precisa de los derechos e intereses humanos cuya violación no se permitiría ni siquiera en el ejercicio de una reacción frente a un hecho ilegítimo de un Estado. No cabe duda de que no se

---

[217] *Informes y resoluciones sobre el artículo 16 del Pacto Mémorandum et Recueil des rapports, résolutions et références préparés en exécution de la résolution du Conseil du 8 décembre 1926* [publications de la Société des Nations, *V Questions juridiques, 1927 V 14* (documento A.14 1927 V)], pág 11

[218] Véase *Annuaire de l'Institut de droit international* (nota 43 *supra*).

[219] En este sentido véanse, entre otros· Morelli, *op cit*, pág 362, Reuter, *op cit.*, pág 463, Riphagen, *Anuario 1983*, vol II (primera parte) [nota 35 *supra*], pág 18, párrs 88 y 89, Dominicé, «Observations .», *loc. cit*, pág 62, Zoller, *loc cit*, pág 376, y Schachter, «Self-help in international law U.S action in the Iranian hostages crisis», *Journal of International Affairs*, 1983-1984, págs 231 a 233

[220] De Guttry, *op. cit.*, pág 271

[221] Sobre la inaplicabilidad del principio de reciprocidad en caso de violaciones de obligaciones impuestas por tratados de derechos humanos, véanse Lattanzi, *op cit*, págs 302 y ss , y Sicilianos, *op cit*, págs 352 a 358. En la misma línea, el párrafo 1 del artículo 11 de la segunda parte del proyecto de artículos propuesto por Riphagen dispone que

«1 El Estado lesionado no podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito cuando tales obligaciones se hayan estipulado en un tratado multilateral en el que ambos Estados sean partes y conste que

»*a*) [..]

»*b*) [.]

»*c*) esas obligaciones se han estipulado para la protección de las personas, fuere cual fuese su nacionalidad »

[Véase nota 103 *supra*]

[222] Schachter, *loc cit.*, pág 181 La inviolabilidad de estas normas (en el marco de represalias) es mantenida también por Zemanek, «Responsibility of States .. », pág 371

[223] Cassese, *op cit.*, pág 271 En el mismo sentido, véase Boisson de Chazournes, *op cit*, pág 153

[224] De igual modo, Elagab (*op cit*, pág 194) opina que deben determinarse los casos de coerción económica de particular gravedad aplicando el «concepto de dependencia y confianza», es decir, examinando si las medidas tienen por objeto mercancías o servicios que sean vitales para el bienestar del Estado contra el cual se dirigen y hasta qué punto Esta consideración sería de especial importancia en el caso de las medidas dirigidas contra los países en desarrollo

[225] *Op cit*, pág 360

puede pretender que todos los derechos o intereses humanos respondan a estas condiciones.

111. Un ejemplo obvio es la cuestión de si la facultad de tomar represalias encuentra alguna limitación en las normas que protegen los bienes de los nacionales en el extranjero y, en particular, los activos de las empresas mercantiles. En la doctrina pueden identificarse diferentes tendencias a este respecto. Según algunos autores, las represalias contra la propiedad privada de nacionales del Estado ofensor serían ilegítimas en cuanto que la propiedad podría considerarse como un elemento de la categoría más amplia de derechos humanos comprendidos en las normas consideradas en los párrafos precedentes[226]. Otros autores creen que se debe aplicar en esta materia *a fortiori* —en tiempo de paz— la prohibición de *jus in bello* de apoderarse de la propiedad privada: «La confiscación por un Estado de los bienes de extranjeros incluso en el curso de hostilidades reales contra su país de origen no se justifica en virtud del derecho internacional general. Por consiguiente, aún menos se justificará como medida de represalia»[227]. Sin embargo, Schachter cree que la práctica predominante no confirma esta opinión:

> El bloqueo y la confiscación de los bienes de nacionales de un Estado enemigo han sido comunes en época de guerra y generalmente condonados como medidas de tiempo de guerra. Sin embargo, algunos juristas han caracterizado como ilegal la confiscación de propiedad privada como contramedida contra un Estado ofensor en tiempo de paz, que no obstante ha sido aplicada por los Estados en los últimos años[228].

112. Algunos comentaristas de la práctica de medidas que afectan a la propiedad privada de extranjeros proponen una distinción entre confiscación definitiva de los bienes y medidas temporales como la incautación, el bloqueo, la congelación y similares. La primera se considera generalmente ilegítima, mientras que las segundas no serían condenables[229]. Schachter deriva la inadmisibilidad del primer tipo de medidas de lo razonable más que de una incompatibilidad con la razón de ser de las represalias. El Estado lesionado debe ejercer una moderación relativa en particular sobre la base de lo razonable[230]. Según De Guttry, habría una creciente opinión en el sentido de que es injusto sacrificar la propiedad privada de personas que normalmente no tienen nada que ver con la conducta ilícita del Estado ofensor; y esto conduciría gradualmente —aunque no sin contradicciones— a confinar este tipo de represalias únicamente a casos extremos[231]. Hace más de medio siglo, el Instituto de Derecho Internacional adoptó una posición similar en su resolución sobre el régimen de las represalias en tiempo de paz cuando sugirió «limitar los efectos de las represalias al Estado contra el que se dirigen, *respetando, en toda la medida de lo posible**, tanto *los derechos de los particulares** como los de terceros Estados»[232].

113. Aunque la cuestión más evidente es la de determinar hasta dónde se pueden ejercer las contramedidas sin que encuentren un obstáculo en el derecho de propiedad, debe dedicarse más reflexión a otras esferas de intereses humanitarios en las que surgen problemas parecidos. Ejemplos de ello son los bienes de instituciones culturales, obras de arte, industrias farmacéuticas y servicios de salud pública.

C.—Inviolabilidad de las personas especialmente protegidas

114. Es una idea muy extendida en la doctrina que los actos de represalia serían ilegítimos si se realizasen en violación de obligaciones internacionales encaminadas a la protección de enviados diplomáticos y jefes de Estado. Oppenheim dice lo siguiente:

> [..] Las personas que gozan del privilegio de extraterritorialidad cuando se hallan en el extranjero, como jefes de Estado y enviados diplomáticos, no pueden ser objeto de represalias, aunque en la práctica se ha hecho así algunas veces[233]

Sólo algunos autores parecen cuestionar la existencia de una norma de derecho internacional general que condene los actos de coerción, por lo demás no ilegales, dirigidos contra enviados diplomáticos[234].

115. Algunos de los autores que analizan la razón de ser de la limitación en cuestión parecen creer que se deriva de las normas primarias —e imperativas— que se refieren a la protección de los enviados diplomáticos[235].

---

[226] Higgins, «The taking of property by the State: Recent developments in international law», *Recueil des cours..., 1982-II*, pág 355.

[227] Seidl-Hohenveldern, «Reprisals and the taking of private property», en *Netherlands International Law Review — De Conflictu Legum: Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus*, pág 475. Véanse también los otros autores citados por De Guttry, *op. cit.*, pág. 277, nota 121

[228] *Loc. cit.*, pág. 181; véase también Borchard, «Reprisals on private property», AJIL, 1936, págs 108 a 113. La admisibilidad de las violaciones de los derechos de propiedad como forma de contramedida ha sido mantenida recientemente también por Boisson de Chazournes (*op cit*, pág. 156), que subraya, no obstante, la necesidad del «respeto del principio de la solución pacífica de las controversias y [del] respeto de la condición de la proporcionalidad»

[229] Entre los comentaristas recientes, tal es la opinión adoptada, por ejemplo, por Zoller, *op. cit*, págs 73 y 74, Elagab, *op. cit*, pág 11, y Malanczuk, «Countermeasures », *loc cit.*, pág 225, sobre la base del carácter irreversible de la confiscación definitiva y el carácter reversible de las medidas temporales

[230] *Loc. cit.*, pág 182

[231] De Guttry, *op cit*, pág 280 De igual modo, Sicilianos, *op cit.*, pág 360

[232] Artículo 6, párrafo 3 (véase nota 43 *supra*)

[233] Oppenheim, *International Law* , vol II, *op cit.*, pág 140 Esta opinión fue expresada por Grotius, *op cit* Según Twiss, los agentes diplomáticos «no pueden ser objeto de represalias, ni en su persona ni en sus bienes, por parte de la nación que les ha recibido en su calidad de enviados *(legati)*, porque se han confiado, ellos y sus bienes, de buena fe a su protección» [*The Law of Nations (considered as Independent Political Communities)*, pág 39] Véanse también Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, pág 22, Tomuschat, *loc. cit*, págs 179 y ss, y especialmente pág 187, y Dominicé, «Représailles ..», *loc cit.*, pág 547.

[234] Anzilotti, *op cit*, 3ª ed, pág 167 Véase también Conforti, *op cit.*, págs 360 y 361

[235] Según Roling, que recuerda el fallo de la CIJ en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (véase nota 50 *supra*)

> «Habría sido una buewna cosa que la Corte hubiera tenido o aprovechado la oportunidad de hacer una clara declaración en el sentido de que los implicados eran personas contra las cuales están prohibidas las represalias en todas las circunstancias, según el derecho no escrito y escrito, aun cuando el hecho ilícito contra el que un Estado deseara reaccionar consistiera en la detención de sus diplomáticos Las disposiciones de la Convención están formuladas de manera que son también inadmisibles las "represalias en especie" Es posible discutir el acierto de esta situación legal, pero

Otros autores discuten la cuestión basándose en la naturaleza «independiente» o particular del derecho de las relaciones diplomáticas[236]. Entre ellos figura el anterior Relator Especial, según el cual la limitación en cuestión sería un caso «que no se presta a generalización dentro del contexto de la inadmisibilidad de las represalias concretas. De hecho, el caso parece estar más bien dentro del ámbito de la desviación de las normas generales relativas a las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos, implícitamente prevista en el momento en que se establece la relación primaria»[237].

116. Otros autores adoptan una posición más matizada. Uno de ellos, por ejemplo, se pregunta qué obligaciones, entre las destinadas a la protección de los enviados diplomáticos, serían inviolables por medio de represalias. Según este autor, la práctica internacional indica que no todas las formas de represalias contra los diplomáticos se consideran ilícitas. Sería difícil, por ejemplo, calificar así medidas dictadas para restringir la libertad de movimiento de los enviados diplomáticos[238]. En consecuencia, sería posible, según el mencionado autor, afirmar que la ilicitud de las represalias contra los enviados diplomáticos abarca esencialmente medidas dirigidas contra las personas físicas de los diplomáticos, consistiendo esas medidas, de manera esencial pero no exclusiva, en un quebrantamiento de la norma de la inviolabilidad personal. La razón de ser de la restricción residiría por supuesto en la necesidad de salvaguardar, en toda circunstancia, la protección especial que se reserva a los enviados diplomáticos habida cuenta de las tareas particulares que realizan[239].

117. Un análisis adecuado de la práctica debe permitir adoptar la solución más apropiada, *de lege lata* y desde el punto de vista del desarrollo progresivo. Aquí, como en otros casos, debe considerarse que cualesquiera restricciones reducen inevitablemente la posibilidad de reacción en esferas aún más sensibles que las de las relaciones diplomáticas. Estas afectan a esferas de interés humanitario más general, incluidas las relaciones económicas vitales.

D.—La pertinencia del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*

118. Además de los límites absolutos considerados hasta ahora (derivados de normas concretas o principios de derecho internacional general), se ha de considerar que las represalias pueden estar sujetas a otras restricciones, en particular a las que pueden derivarse del *jus cogens*[240].

119. Las restricciones al derecho de represalias derivadas del *jus cogens* no se mencionan en general en las publicaciones jurídicas anteriores a la segunda guerra mundial. En cambio, se refieren recientemente al *jus cogens* como limitación general Reuter[241], Riphagen[242], Zemanek[243], Lattanzi[244], Gaja[245], Alland[246], Elagab[247] y Sicilianos[248]. Aunque el *jus cogens* fue considerado inicialmente (en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) en relación con la inadmisibilidad de la excepción convencional de normas generales fundamentales,

Sería ilógico admitir al mismo tiempo que el incumplimiento de una obligación impuesta por una norma imperativa se justifica solamente porque otro Estado haya violado anteriormente una obligación internacional. Lo mismo puede decirse cuando la violación previa se refiere también a una obligación impuesta por una norma imperativa, la misma existencia de esa categoría de normas implica que hay en la sociedad internacional un interés general en que se respeten[249].

120. En realidad, algunos autores lamentan que en el texto del artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos[250] no haya una clara referencia al contraste con las normas de *jus cogens* como excepción a la exclusión de la ilicitud de medidas tomadas como reacción ante un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, es correcta la afirmación de Gaja en el sentido de que esa excep-

prevalecen los argumentos en favor del derecho actual inmunidad total de los diplomáticos debido a la gran importancia atribuida a la comunicación internacional sin obstáculos» («Aspects of the case concerning United States diplomats and consular staff in Teheran», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, pág 147)

La misma opinión sostiene Dominicé, que se pregunta «¿Qué sería de las relaciones diplomáticas, en efecto, si el Estado que, aunque sea a justo título, pretende ser víctima de un hecho ilícito pudiera secuestrar a un agente diplomático o penetrar en los locales de una misión apoyándose en la doctrina de las represalias?» («Observations .», *loc cit.*, pág 63)

[236] Lattanzi, *op. cit*, págs 317 y 318; y Elagab, *op cit*, págs 116 y ss

[237] *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte) [nota 35 *supra*], pág 18, párr. 91 Se ha de recordar que el apartado *a* del artículo 12 de la segunda parte del proyecto de artículos (nota 103 *supra*), en el que se dispone que las represalias y las medidas de reciprocidad no se aplican a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones «que incumban al Estado receptor en lo concerniente a las inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y consulares y a su personal», fue objeto de algunas reservas entre los miembros de la Comisión (Reuter, *Anuario.. 1984*, vol I, 1858ª sesión, párr 30, Sinclair, *ibid*, párr. 27, y Arangio-Ruiz, *Anuario... 1985*, vol I, 1900ª sesión, párr. 21) y los representantes en la Sexta Comisión [Qatar (A/C.6/40/SR.23, párr. 106), Checoslovaquia (A/C 6/40/SR 29, párr 18), y Reino Unido (A/C.6/40 SR.32, párr 26)]

[238] De Guttry, *op. cit.*, pág 282

[239] *Ibid*, pág 283. Véase un razonamiento análogo en Sicilianos, según el cual «hay ciertamente un núcleo irreductible del derecho diplomático que tiene un carácter imperativo —la inviolabilidad de la persona de los agentes diplomáticos, la inviolabilidad de los locales y de los archivos— que por ello es refractario a las contramedidas Hay en cambio otras obligaciones que no parecen imponerse forzosamente en toda hipótesis y que, ciertamente con toda la precaución necesaria, podrían ser objeto de contramedidas proporcionadas» (*op cit*, pág 351)

[240] En relación con estos problemas, véase Lattanzi, *op cit.*, pág. 306

[241] *Op cit*, pág 463

[242] Riphagen trató este punto en el apartado *b* del artículo 12 (nota 103 *supra*), con arreglo al cual las contramedidas y las medidas de «reciprocidad» no se aplicarían con respecto a las obligaciones que incumban a un Estado «en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general»

[243] «La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites», *Responsabilité internationale*, pág 84

[244] *Op cit*, págs 306 y ss

[245] «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours . , 1981-III*, pág 297

[246] *Loc cit*, pág 185

[247] *Op cit*, pág 99

[248] *Op cit*, págs 340 a 344

[249] Gaja, *loc cit*, pág 297

[250] Véase nota 22 *supra*

ción está implícita en la expresión «medida legítima según el derecho internacional» que figura en el artículo 30[251]. Con su referencia implícita al régimen de represalias, esa expresión excluiría la licitud de medidas que impliquen una violación de una norma imperativa. Esta interpretación se ve apoyada también por la inclusión expresa de la restricción en el apartado *b* del artículo 12 de la segunda parte del proyecto de Riphagen.

121. Lattanzi extiende la restricción que actualmente se examina (desde las normas de *jus cogens*) a toda norma que cree derechos y obligaciones *erga omnes*. Según ese autor:

[...] no cabe duda de que la licitud de una represalia consistente en una violación de normas *erga omnes* queda excluida precisamente por el hecho de que la violación de una obligación en detrimento de un Estado representa simultáneamente en tal caso una violación de la misma obligación en detrimento de todos los destinatarios de la norma No se puede admitir que la sanción ejercida contra un Estado pueda consistir en la violación de una obligación para con otro Estado[252].

Las normas *erga omnes* están estructuradas de tal manera —según Lattanzi— que, por un lado, todo Estado parte puede exigir su cumplimiento y, por otro, ningún Estado parte puede reaccionar legítimamente frente a la infracción de tales normas con otra infracción[253]. Lo mismo sostiene Gaja cuando afirma:

[...] uno de los casos en que el derecho internacional no puede permitir contramedidas [...] es cuando la obligación que se viola opera en circunstancias concretas respecto de los demás Estados se violarían entonces necesariamente los derechos de Estados inocentes[254].

122. Se advertirá que ya se ha examinado un problema en gran parte similar (al de las obligaciones *erga omnes*) con respecto a la suspensión y terminación de los tratados[255]. Al formular el proyecto de artículos será pues necesario reflexionar detenidamente, siempre a la luz de la práctica, sobre las limitaciones absolutas tradicionalmente reconocidas con respecto a la admisibilidad de las contramedidas (fuerza, derechos humanos, enviados diplomáticos), para considerar si deben completarse con la prohibición no sólo de las contramedidas tomadas en contravención de normas de *jus cogens*, sino también de medidas que quebranten normas que establezcan obligaciones *erga omnes*.

[251] *Loc. cit.*, pág 297

[252] *Op cit.*, pág 314

[253] *Ibid*

[254] *Loc cit*, pág 297

[255] Véanse párrs 81 a 83 *supra*

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

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/435 y Add.1*

Noveno 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 febrero y 15 de marzo de 1991]

ÍNDICE

		Parrafos	Pagina
INTRODUCCIÓN		1-3	40
Capítulo			
I.	PENAS APLICABLES A LOS CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD	4-34	40
	A. Diversidad de sistemas jurídicos	5-15	40
	B Dificultades de método	16-27	41
	1. El debate en la Comisión de Derecho Internacional en su período de sesiones de 1954	17-23	41
	2. Los datos actuales	24-27	42
	C Proyecto de artículo sobre las penas aplicables	28-34	42
	1. Texto del proyecto de artículo Z	29	42
	2. Comentarios	30-34	42
	Primer párrafo	30	42
	Segundo párrafo	31	42
	Tercer párrafo	32-34	42
II.	CUESTIÓN RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL	35-59	43
	A. Observaciones preliminares	35-37	43
	B. Competencia del Tribunal	38-55	43
	1. Proyecto de posible disposición	38	43
	2. Comentarios	39-55	44
	Párrafos 1 y 2	39-50	44
	Párrafo 3	51	45
	Párrafo 4	52-54	45
	Párrafo 5	55	45
	C. La acción penal	56-59	46
	1. Proyecto de posible disposición	56	46
	2. Comentarios	57-59	46

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/435/Corr.1-A/CN.4/435/Add.1/Corr 1

Introducción

1. En su octavo informe[1], el Relator Especial completó el examen de las transgresiones que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que en el proyecto de código se clasifican en «crímenes contra la paz», «crímenes contra la humanidad» y «crímenes de guerra». El Relator Especial estima que en una etapa ulterior, sin duda en la segunda lectura, sería conveniente abandonar la categorización tripartita que había adoptado sólo a título provisional y a los efectos del análisis. Recuerda que en su tercer informe había consagrado una sección que precisamente se titulaba: «Unidad de la noción de delito contra la paz y la seguridad de la humanidad»[2]. Allí el Relator Especial exponía las controversias doctrinales acerca de la unidad y homogeneidad de esa noción, y concluía de la siguiente manera:

> En resumen, la expresión «paz y seguridad de la humanidad» entraña cierta unidad, cierta globalidad, que vincula las diversas violaciones entre sí. Si bien cada una de ellas tiene características propias, tales violaciones forman parte de la misma categoría y se distinguen por revestir el mismo carácter de suma gravedad[3].

2. La primera parte del presente informe se consagra a un aspecto complementario del proyecto de código, a saber, al estudio de las penas aplicables a las violaciones tipificadas en el código.

3. La segunda parte aborda la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, respondiendo así a la invitación formulada por la Asamblea General en su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, en la cual la Asamblea:

> *Invita* a la Comisión de Derecho Internacional a que, al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, considere de nuevo y analice las cuestiones que se plantean en su informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo internacional penal.

[1] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 29, documento A/CN.4/430 y Add.1.

[2] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 69 y 70, documento A/CN.4/387, párrs. 26 a 39.

[3] *Ibid.*, pág. 70, párr. 38.

CAPÍTULO I

Penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

4. El principio *nulla poena sine lege* exige que en el proyecto de código se establezcan penas. Sin embargo, dicha tarea entraña ciertas dificultades. Algunas de ellas se relacionan con la diversidad de sistemas jurídicos existentes; otras, con problemas de método.

A.—Diversidad de sistemas jurídicos

5. A diferencia del derecho interno, en que en cada Estado existe una cierta unidad de concepción moral y filosófica que justifica un sistema único de represión aplicable a todos los delitos, en el derecho internacional la diversidad de concepciones y filosofías es difícilmente conciliable con un sistema de represión uniforme.

6. Algunas sanciones, vigentes en ciertos países, son desconocidas en otros. Así sucede con la pena de muerte, que se ha aplicado en forma diversa según las épocas y los lugares. Algunos países la han abolido y restablecido sucesivamente al ritmo de las circunstancias, con frecuencia en función de las emociones provocadas por algunos actos criminales en un momento determinado. También el movimiento abolicionista ha tenido diversa suerte en distintos países y en distintas épocas.

7. En Francia, la pena de muerte, que no hace mucho tiempo estuvo limitada a ciertos delitos de derecho común (asesinato, parricidio, rapto de menor seguido de asesinato, incendio voluntario de un lugar habitado, etc.), no se aplicaba ya a los delitos políticos, salvo a los delitos contra la seguridad del Estado. Hasta 1981 no fue suprimida definitivamente.

8. En el Reino Unido, la pena de muerte fue primero objeto de una abolición parcial, medida que fue luego prorrogada sucesivamente hasta 1965. En ese año la pena de muerte fue temporalmente abolida por un plazo de cinco años, a la espera de que el Parlamento se pronunciara en una nueva votación sobre su abolición definitiva, la cual tuvo lugar en 1970. Suecia también había abolido parcialmente la pena de muerte en 1921 antes de pronunciarse por la abolición definitiva en 1972.

9. En Suiza y en la República Federal de Alemania, la abrogación de la pena de muerte tuvo lugar, sin que esos países pasaran por la etapa de una abolición parcial, en 1937 y 1949, respectivamente.

10. No obstante, en los países europeos en los que la pena de muerte ha sido abolida se registran periódicamente movimientos en favor de su restablecimiento, al ritmo de circunstancias ligadas con frecuencia a la comisión de crímenes que han sacudido fuertemente a la opinión pública. A pesar de todo, existe una tendencia general favorable a la abolición de la pena de muerte en Europa, tendencia de la que da testimonio la aprobación del Protocolo N.° 6, adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983[4].

[4] Consejo de Europa, Serie de tratados europeos, N ° 114

11. En cambio, la pena de muerte no está totalmente abolida en los Estados Unidos de América, donde se aplica todavía en 36 de los 50 Estados. No parece que haya sido abolida o lo haya sido en todos los casos en la Europa oriental.

12. Por lo que se refiere a los países africanos, de un informe reciente de Amnistía Internacional[5] se desprende que a pesar de que muchos de esos países mantienen aún la pena de muerte, se manifiesta una tendencia cada vez más acentuada favorable a su abolición. Así, siguiendo el ejemplo de Cabo Verde, que ha sido abolicionista desde su independencia en 1975, Namibia, Santo Tomé y Príncipe y Mozambique han abolido a su vez la pena de muerte en 1990. Otros países africanos, si bien no han abolido totalmente desde el punto de vista legal la pena de muerte, han dejado de aplicarla de hecho. Tal es el caso de las Comoras, Côte d'Ivoire, Madagascar, Níger, Senegal y el Togo. Côte d'Ivoire abolió incluso legalmente la pena de muerte para los delitos políticos en 1981. En las Seychelles la pena de muerte se ha mantenido únicamente para el delito de traición.

13. En Asia la pena de muerte todavía se mantiene en muchos países.

14. Puede decirse que existe una tendencia universal a la abolición, como se desprende del informe de Amnistía Internacional antes citado[6]. Según resulta de ese informe, al final de 1990 casi la mitad de los países del mundo habían abolido la pena de muerte de derecho o de hecho. Por otra parte, la mantienen y aplican 92 países. A este respecto, es de recordar que el 15 de diciembre de 1989 la Asamblea General aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte[7]. Este Protocolo fue aprobado por 59 votos a favor, 26 en contra y 48 abstenciones.

15. No obstante, aún es difícil instituir un sistema único de sanciones aplicable internacional y uniformemente. En efecto, no sólo la pena de muerte es objeto de repulsa. Hay también otras penas aflictivas, en especial las que consisten en mutilaciones físicas, que todavía se aplican en ciertas regiones del mundo.

B.—Dificultades de método

16. A las dificultades vinculadas con la diversidad de ordenamientos jurídicos se añaden las dificultades de método. ¿Es necesario enunciar, respecto de cada crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, la pena que le corresponda? ¿Es necesario, por el contrario, habida cuenta de que los crímenes que se examinan se caracterizan todos por el mismo grado de gravedad extrema, establecer en una fórmula general la misma pena para todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, con un mínimo y un máximo, según existan o no circunstancias atenuantes?

1. El debate en la Comisión de Derecho Internacional en su período de sesiones de 1954

17. Cabe observar que en el proyecto de código de 1954 no se establecía sanción penal alguna. Ello no se debió a negligencia, sino a una omisión voluntaria. En su tercer período de sesiones, la Comisión había aprobado el siguiente proyecto de artículo 5[8]:

Artículo 5

La pena que haya de imponerse por cualquier delito definido en el presente Código será determinada por el tribunal que ejerza jurisdicción sobre el acusado, tomando en cuenta la gravedad del delito

18. Dicho proyecto de artículo era bastante similar al artículo 27 del estatuto del Tribunal de Nuremberg[9], en tanto dejaba en manos del juez la determinación de la pena aplicable; pese a ello, respetaba el principio *nullum crimen sine lege*, puesto que el proyecto de código preveía los crímenes a los cuales serían aplicables las penas. No obstante, fue vivamente criticado por los gobiernos que formularon observaciones a la Comisión.

19. Por ejemplo, el Gobierno de Bolivia[10] estima que «para respetar el principio generalmente admitido de *nulla poena sine lege* sería necesario estipular en un artículo separado del código que el tribunal competente quedará habilitado para imponer la pena apropiada, habida cuenta no sólo de la gravedad del crimen sino también de la personalidad de su autor». Independientemente de la referencia a la personalidad del autor, no cabe apreciar ninguna diferencia entre esta formulación y la de la Comisión.

20. Según el Gobierno de Costa Rica[11], si el proyecto de artículo 5 «no se modificara, el código se vería expuesto a las mismas críticas que se formularon contra el Tribunal de Nuremberg, el cual se vio obligado a determinar y aplicar penas que no habían sido establecidas de antemano por ninguna norma de derecho positivo». Y, según dicho Gobierno, el postulado *nulla poena sine lege* entrañaba que «la pena aplicable a cada categoría de transgresiones hubiera sido expresamente establecida de antemano».

21. El Gobierno de Egipto[12] veía en el proyecto de artículo 5 «una delegación de facultades en el tribunal competente para determinar la pena correspondiente a cada crimen», y estimaba que esa delegación representaba «un verdadero peligro, dado que el criterio de los jueces podía verse influido por circunstancias diversas que no tenían por qué ser de orden jurídico». Opinó que era

[5] Amnistía Internacional, «Africa — Hacia la abolición de la pena de muerte», mayo de 1991, AI INDEX AFR 01/01/91, Distr SC/DP/CC, págs 3 y 4

[6] *Ibid*, pág 4

[7] Resolución 44/128, anexo

[8] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N° 9* (A/1858), pág 17, párr. 59

[9] Estatuto del Tribunal Militar Internacional 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 Traités*, vol 82, pág 279) El artículo 27 prevé

«El Tribunal podrá imponer al acusado convicto la pena capital u otra sanción que el Tribunal considere justa »

[10] Véase el tercer informe del Sr J Spiropoulos, *Yearbook 1954*, vol II, pág 121, documento A/CN 4/85, secc XVI, *b* (Observaciones de los gobiernos)

[11] *Ibid*

[12] *Ibid*

«preferible tratar de establecer una pena adecuada para cada crimen, con un mínimo y un máximo en caso necesario».

22. Según el Gobierno del Reino Unido[13], el proyecto de artículo 5 estaba «completamente fuera de lugar en el contexto del proyecto de código. En la medida en que las diversas figuras delictivas mencionadas en el código constituyeran crímenes o pudiesen ser consideradas como tales en virtud de la legislación interna de los diversos países, correspondía a los legisladores de esos países determinar la pena correspondiente a cada crimen. En la medida en que la cuestión de las sanciones y las penas que debían imponerse estuviese regida por una convención internacional, correspondería a dicha convención prescribir las penas que hubieran de aplicarse». A juicio de dicho Gobierno parecía «más juicioso omitir el artículo 5».

23. Finalmente, la Comisión retrocedió ante las dificultades que planteaba la tarea, estimando que no parecía oportuno abordar el problema de las penas.

2. Los datos actuales

24. Si la Comisión estima que es oportuno abordar nuevamente el problema de las sanciones penales, debe tomar conciencia del hecho de que los Estados tienen dos opciones para aprobar el código y que la solución al problema de las penas depende de la opción que elijan.

25. La primera opción consistiría en incorporar directamente las disposiciones del código en su derecho interno y al mismo tiempo determinar las penas aplicables. Dicha solución podría evidentemente acarrear el inconveniente de una distorsión, al introducir una desigualdad en las penas aplicables al mismo crimen, sobre todo entre los Estados en los que se haya abolido la pena de muerte y aquellos en los cuales no haya sido abolida todavía, o entre los Estados que aplican ciertas penas aflictivas —por ejemplo, con arreglo a la ley cherámica— y aquellos que no las aplican.

26. La segunda opción consistiría en prever las penas en el propio código y aprobarlo mediante una convención internacional. Dicha solución favorecería evidentemente una cierta uniformidad en las penas. El único problema sería entonces saber si es necesario prever una pena separada para cada crimen de los tipificados en el código, o si bastaría una pena única aplicable a todos los crímenes.

27. El Relator Especial se inclinaría por esta última solución. En efecto, los crímenes previstos en el código son, en razón de su extrema gravedad, aquellos que están en la cúspide de la jerarquía de crímenes internacionales, ya se trate de crímenes contra la paz, de crímenes contra la humanidad o incluso de crímenes de guerra. En efecto, en relación con estos últimos, la Comisión sólo había conservado como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aquellos crímenes de guerra que revisten extrema gravedad.

[13] *Ibid.*

C.—Proyecto de artículo sobre las penas aplicables

28. Las consideraciones antes mencionadas han inducido al Relator Especial a proponer un proyecto de artículo único que contempla los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en su conjunto.

1. Texto del proyecto de artículo Z

29. El texto propuesto por el Relator Especial es el siguiente:

El acusado de uno de los crímenes definidos en el presente código que sea reconocido culpable será condenado a la pena de prisión perpetua.

Si concurrieren circunstancias atenuantes, el acusado será condenado a la pena de prisión de 10 a 20 años.

[El acusado podrá además, llegado el caso, ser condenado a la incautación total o parcial de los bienes que haya sustraído o de los que se haya apoderado ilegalmente. El tribunal decidirá sobre la adjudicación de esos bienes a una organización humanitaria.]

2. Comentarios

Primer párrafo

30. Pese a las reservas que la prisión perpetua merece a quienes consideran que ella no permite que el condenado enmiende su conducta y se reintegre en la sociedad, es difícil concebir que la pena máxima aplicable a crímenes de la naturaleza de los que se examinan sea sólo la prisión por un período determinado, pena que se aplica a veces con carácter correccional. Descartada la pena de muerte, parece difícil que pueda descartarse también la prisión perpetua.

Segundo párrafo

31. Sin embargo, en el segundo párrafo se propone una excepción al principio establecido en el primero, en caso de que existan circunstancias atenuantes pertinentes que hagan más aceptable la pena de prisión por un período determinado.

Tercer párrafo

32. El tercer párrafo ha sido colocado entre corchetes. En él se propone una pena complementaria, de carácter facultativo, que también había sido prevista en el artículo 28[14] del estatuto del Tribunal internacional de Nuremberg. No obstante, cabe señalar que, salvo en relación con las infracciones de carácter económico y con los atentados contra la seguridad del Estado, la referida pena

[14] El artículo 28 dice lo siguiente

«Además de las penas que imponga, el Tribunal tendrá derecho a confiscar al convicto cualesquiera bienes robados y ordenar la entrega de esos bienes al Consejo de Control de Alemania.»

no goza de gran favor, ya que se considera que no sólo castiga al condenado, sino también a sus parientes más próximos (al cónyuge con el que tenga comunidad de bienes y a los herederos). Incumbe a la Comisión decidir si es necesario mantenerla o no.

33. El otro problema que suscita esta pena complementaria es el de saber a quién se adjudicarían los bienes confiscados. En el derecho interno generalmente se adjudican al Estado. Sin embargo, el problema resulta más complejo en materia de crímenes internacionales, cuando es un tribunal internacional el que ejerce la jurisdicción. En el artículo 28 del estatuto del Tribunal de Nuremberg se había decidido que se ordenaría «la entrega de esos bienes al Consejo de Control de Alemania», órgano establecido por los aliados que instituyó los tribunales encargados de aplicar la Ley N.° 10[15] y de juzgar a los criminales de guerra que no fuesen los grandes criminales juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

34. En el presente caso, incumbe a la Comisión, si decide conservar la confiscación de bienes, decidir a qué órgano podrían entregarse los bienes confiscados. Podrían ser, por ejemplo, el CICR, el UNICEF o un órgano internacional de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes.

[15] Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra, de crímenes contra la paz y de crímenes contra la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlín, N.° 3, 31 de enero de 1946).

CAPÍTULO II

Cuestión relativa al establecimiento de una jurisdicción penal internacional

A.—Observaciones preliminares

35. Como se ha indicado (párr. 3 *supra*), la Asamblea General, en su resolución 45/41, invitó a la Comisión a que «considere de nuevo y analice las cuestiones que se plantean en su informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo internacional penal». La Asamblea se abstuvo, pues, al menos en esta etapa, de elegir entre las diferentes opciones que le proponía la Comisión. Tampoco se pronunció, por otra parte, acerca de las opciones posibles y las principales tendencias que se habían manifestado en el seno de la Comisión, y que ésta había expuesto en su informe sobre su 42.° período de sesiones[16], acerca de ciertos puntos muy específicos y muy importantes relacionados con la creación de una jurisdicción penal internacional.

36. El Relator Especial no propone, por tanto, en el presente informe un proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional. El quisiera suscitar un debate más profundo acerca de dos problemas importantes, sin cuya solución carecerá de las orientaciones necesarias. Se trata de la competencia del tribunal y de las condiciones de ejercicio de la acción penal.

37. Por ello las dos disposiciones propuestas más adelante por el Relator Especial no son proyectos de artículos para ser remitidos al Comité de Redacción o incluidos como tales en un proyecto de estatuto de un tribunal. Tienen simplemente por finalidad suscitar un debate y permitir, quizá, la aparición de una tendencia general que sirva de guía al Relator Especial.

[16] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 155.

B.—Competencia del Tribunal

1. PROYECTO DE POSIBLE DISPOSICIÓN

38. A los efectos indicados en el párrafo precedente, el Relator Especial ha preparado el siguiente texto:

1. El Tribunal juzgará a los individuos acusados de crímenes definidos en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad [acusados de crímenes definidos en el anexo del presente estatuto] respecto de los que tenga atribuida competencia por el Estado o los Estados en cuyo territorio presuntamente se haya cometido el crimen.

2. La atribución de competencia por el Estado o los Estados de que sea nacional el autor, por el Estado víctima o el Estado contra el que se haya dirigido el crimen o por el Estado cuyos nacionales hayan sido las víctimas de éste sólo será necesaria si dichos Estados, de conformidad con su legislación interna, también son competentes para juzgar a esos individuos.

3. El Tribunal resolverá sobre cualquier cuestión que se suscite con respecto a su propia competencia.

4. El Tribunal, a condición de que tenga atribuida competencia por los Estados interesados, conocerá asimismo de los conflictos de competencia judicial que surjan entre esos Estados, así como de las solicitudes de revisión de las sentencias condenatorias dictadas en relación con un mismo crimen por órganos jurisdiccionales de distintos Estados.

5. Uno o varios Estados podrán plantear al Tribunal cualquier cuestión de interpretación respecto de una disposición de derecho internacional penal.

2. COMENTARIOS

Párrafos 1 y 2

39. El párrafo 1, al referirse al código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o a un documento anexo al estatuto en el que se definan dichos crímenes, respeta el principio *nullum crimen sine lege*. Dicho párrafo tiene en cuenta las observaciones de ciertos miembros de la Comisión que se habían pronunciado en contra de la noción de crimen de derecho internacional o de toda referencia a los principios generales de derecho para definir dichos crímenes. Esta disposición podría, quizá, satisfacerlos.

40. Por otra parte, la variante colocada entre corchetes, a saber, las palabras «acusados de crímenes definidos en el anexo del presente estatuto», tiene por finalidad no limitar la elección de los Estados a los crímenes previstos en el proyecto de código, dando así más flexibilidad a las reglas de competencia *ratione materiae* del tribunal, lo cual podría facilitar su aceptación por los Estados.

41. El párrafo 1 subordina la competencia *ratione personae* del Tribunal al consentimiento de los Estados interesados. El Relator Especial ha tenido en cuenta, por tanto, también en este aspecto, algunas observaciones de miembros de la Comisión que habían manifestado su preocupación por el respeto de las competencias de los Estados en materia penal. De nada serviría, en efecto, formular una regla que fuese letra muerta o crear una institución que desde el comienzo estuviese afectada de parálisis.

42. Por lo que respecta al número de Estados que deben atribuir competencia, el proyecto de estatuto revisado elaborado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953[17] preveía, en el artículo 27, que «La Corte no enjuiciará a ninguna persona a menos que el Estado o los Estados de los cuales sea nacional y el Estado o los Estados en los que se alegue se ha cometido el delito hayan atribuido competencia a la Corte». El Relator Especial, si bien se ha inspirado en este proyecto de artículo, se ha apartado de él en varios aspectos.

43. En primer lugar, en el párrafo 1 de su proyecto de disposición, el Relator Especial ha hecho depender la atribución de competencia al tribunal del consentimiento del Estado o Estados en cuyo territorio el crimen haya sido presuntamente cometido. A su juicio, si bien no existe en derecho internacional una regla general que limite a la ley del lugar del crimen la competencia para reprimirlo, hay que admitir, sin embargo, que el principio de territorialidad de la ley penal es el que se aplica generalmente. La tendencia a que los crímenes sean juzgados en el lugar de su comisión ha sido confirmada por los estatutos de Nuremberg[18] y de Tokio[19]. Por tanto, es el principio de territorialidad de la ley penal el confirmado en el párrafo 1.

44. Por otra parte, el Relator Especial es consciente de que existen otros principios, en especial el de personalidad de la ley penal, que también han sido aplicados en materia criminal. Sin embargo, este principio tiene diversos aspectos de los que el proyecto de estatuto de 1953 solamente atiende a la atribución de competencia al tribunal de la nacionalidad del autor, excluyendo la competencia del tribunal de la nacionalidad de la víctima o del tribunal del Estado víctima. Este último sistema, llamado también en ocasiones sistema de la personalidad pasiva o de la protección real, ha sido además aplicado en materia de crímenes de guerra, por ejemplo, en la ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944[20], que atribuía competencia a los tribunales franceses en relación con crímenes de guerra cometidos en el extranjero contra nacionales o protegidos franceses, o militares extranjeros o apátridas enrolados en ejércitos de Francia. Asimismo, el artículo 7 del antiguo Código francés de enjuiciamiento criminal[21], convertido en el artículo 694 del nuevo Código de Procedimiento Penal[22], atribuye competencia a los tribunales franceses para conocer de los crímenes contra la seguridad del Estado, de falsificación de moneda, sello, efectos o billetes de banco cometidos fuera del territorio francés por extranjeros. Otras legislaciones han aplicado también este sistema inmediatamente después de la segunda guerra mundial como, por ejemplo, la ley de Dinamarca relativa al castigo de los crímenes de guerra, de 12 de julio de 1946[23], el decreto provisional de Noruega de 4 de mayo de 1945[24] y la ley de Noruega de 13 de diciembre de 1946[25], referente al castigo de los criminales de guerra extranjeros.

45. El derecho internacional ha acogido también, a su vez, esta tendencia. En 1927, la primera Conferencia internacional para la unificación del derecho penal adoptó unos textos modelo cuyo párrafo primero del artículo 5 reconocía la competencia del Estado víctima de un crimen o de un delito contra la seguridad de dicho Estado o de falsificación de sello, punzones, marca o timbres del Estado[26]. Este texto es casi idéntico al del Código de Procedimiento Penal de Francia, que acabamos de mencionar.

46. Se ha afirmado también esta tendencia en el asunto del *Lotus*. Según la CPJI no existe ninguna regla de derecho internacional que impida a un Estado ejercer su jurisdicción sobre extranjeros por delitos cometidos en su contra en el extranjero[27].

---

[17] Véase el informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12* (A/2645), anexo.

[18] Véase nota 9 *supra*.

[19] Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente [*Documents on American Foreign Relations*, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), Princeton University Press, 1948, págs. 354 y ss.]

[20] Francia, *Journal officiel de la République française*, 30 de agosto de 1944, pág. 780.

[21] *Code d'instruction criminelle*, 51.ª ed., Jurisprudence générale Dalloz, París, 1959, págs. 6 y 7.

[22] *Code de procédure pénale*, 23.ª ed., Jurisprudence générale Dalloz, París, 1981, pág. 381.

[23] *Lovtidende for Kongeriget Danmark for Aaret 1946*, Copenhague, J. H. Schultz, 1947, N.º 395, págs. 1376 y ss.

[24] *Registre til Norsk Lovtidend*, Grondahl & Sons Boktrykkeri, Oslo, 1952, págs. 445 y ss.

[25] *Ibid.*, págs. 679 y ss.

[26] Resolución sobre el derecho penal internacional aprobada por la primera Conferencia, celebrada en Varsovia del 1.º al 5 de noviembre de 1927; véase Conferencia internacional para la unificación del derecho penal, *Actes de la Conférence*, París, Sirey, 1929, pág. 132.

[27] En su fallo de 7 de septiembre de 1927, la CPJI sostuvo lo siguiente:

47. A la luz de los antecedentes que acabamos de citar, cabría preguntarse por qué el proyecto de estatuto de 1953 exigía tan sólo la atribución de competencia del Estado del lugar del crimen o del Estado de la nacionalidad de la víctima, restringiendo así el número de Estados que podrán pretender jurisdicción sobre tales infracciones. La respuesta es que el Relator Especial ha combinado en los párrafos 1 y 2 del proyecto de disposición el sistema de la territorialidad, el sistema de la personalidad activa y pasiva y el denominado sistema de la protección real, combinación que tiene más en cuenta la complejidad de la materia y refleja mejor la situación actual del derecho.

48. El Relator Especial es consciente, no obstante, de las reservas que podría suscitar una ampliación excesiva del número de Estados que tendrían que atribuir competencia. Semejante ampliación establecería una serie de condiciones a la competencia del tribunal que constituirían una verdadera carrera de obstáculos. Tal ampliación podría, además, dar lugar a numerosos conflictos de competencia entre todos los Estados cuyo consentimiento fuese necesario. Aunque el tribunal tuviese competencia, en virtud de los párrafos 3 y 4 del proyecto de disposición, para resolver dichos conflictos, parecería preferible reducir al máximo la posibilidad de que se produjeran. Hay que reconocer que aparte del sistema de la territorialidad de la ley penal, que es la regla general en derecho penal interno, los demás sistemas no son, al fin y al cabo, más que excepciones inspiradas por el realismo de los Estados. No obstante, con el fin de tomar en cuenta este realismo, se han acogido también en el párrafo 2 del proyecto de disposición, junto con el principio de la territorialidad formulado sin restricciones en el párrafo 1, el sistema de la personalidad activa y pasiva y el sistema de la protección real, pero únicamente en la medida en que la legislación interna de los Estados interesados exija su aplicación en un caso concreto.

49. Esta solución no carece de inconvenientes. Reconocer competencia al Estado de la nacionalidad del autor equivale, en ciertos casos, a confiar la tarea de juzgar al Estado que quizá haya ordenado, organizado o tolerado el acto criminal. Por otra parte, reconocer competencia al Estado víctima o al Estado cuyos nacionales hayan sido las víctimas no parece ofrecer siempre garantías suficientes de imparcialidad y objetividad.

50. Por lo demás, hay que reconocer, con carácter general, que la regla de atribución de competencia no es sino un mal menor, una concesión necesaria a la soberanía de los Estados. Es una regla que somete la competencia del tribunal a una condición difícil de realizar y que no facilitará el acceso a ella. Es de desear, por ello, que esta condición no sea más que una etapa, puramente provisional, de la instauración de un derecho internacional penal más desligado del orden interno y menos sometido a sus reglas.

Párrafo 3

51. El párrafo 3 es la expresión de una regla común, según la cual todo tribunal al que se somete un asunto es juez de su propia competencia, cuando ésta sea impugnada, sin perjuicio de la apelación, en su caso, de su decisión ante una jurisdicción superior. Sin embargo, al ser considerado el tribunal penal la más alta jurisdicción penal en el orden internacional, lo normal sería que el mismo dirimiese en única instancia la cuestión de su propia competencia.

Párrafo 4

52. El párrafo 4 se refiere a otra situación. No se discute aquí la competencia del tribunal, como en la hipótesis prevista en el párrafo anterior. Se trata más bien de un conflicto entre dos o más Estados acerca de la competencia de uno de ellos o que impugnen recíprocamente su competencia. Ese tipo de conflicto es bien conocido. Se debe al hecho de que cada Estado determina por sí mismo sus propias reglas de competencia en materia penal, por lo que surgen necesariamente conflictos entre las diferentes legislaciones nacionales. Los Estados tratan de resolver estos conflictos mediante acuerdos, que por otra parte suelen ser difíciles de alcanzar.

53. La solución propuesta en el párrafo 4 permitiría superar estas dificultades ya que el tribunal tendría, como acabamos de indicar, competencia para zanjar estos conflictos. Por otra parte, dicha solución facilitaría la uniformidad de la jurisprudencia en materia de conflictos de ley y de competencia.

54. No hay que excluir, finalmente, la hipótesis de que jurisdicciones de dos o más Estados persigan el mismo crimen y dicten fallos condenatorios o absolutorios, lo cual sería contrario al principio *non bis in idem*. El tribunal podría en tales casos revisar o anular las decisiones más recientes.

Párrafo 5

55. El párrafo 5 se basa en la idea de que el tribunal podría también desempeñar un papel muy importante en la unificación del derecho internacional penal, derecho nuevo actualmente en plena evolución. El tribunal podría

---

«[..] la limitación primordial que impone el derecho internacional al Estado es la de excluir, salvo la existencia de regla permisiva en contrario, el ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial y no podría ejercerse fuera del territorio, sino en virtud de una regla permisiva proveniente del derecho internacional consuetudinario o de una convención.

»Pero de ello no se deriva que el derecho internacional prohíba a un Estado ejercer, en su propio territorio, su jurisdicción en todo asunto en que se trate de hechos sucedidos en el extranjero y en el cual dicho ejercicio no pueda basarse en una regla permisiva de derecho internacional. Semejante tesis solamente podría sostenerse si el derecho internacional prohibiera, de manera general, a los Estados someter a sus leyes y a la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos fuera de su territorio, permitiendo a los Estados tal cosa, en derogación de dicha regla general prohibitiva, únicamente en casos especialmente determinados. Ahora bien, éste no es, desde luego, el estado actual del derecho internacional. [..]

»Si bien es cierto que el principio de la territorialidad del derecho penal está en la base de todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas ellas extienden su acción a delitos cometidos fuera del territorio, según sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del derecho penal no es, pues, un principio absoluto del derecho internacional y no se confunde en modo alguno con la soberanía territorial» (CPJI, *série A, N.° 10, arrêt N.° 9*, págs. 18 a 20)

contribuir a eliminar ciertas incertidumbres en la terminología y en la definición de nociones como las de complicidad, complot o tentativa, que tienen un contenido diferente en los distintos ordenamientos nacionales. El tribunal contribuiría también a precisar el sentido y el contenido en derecho internacional de ciertos principios, como *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* o la regla *non bis in idem*.

C.—La acción penal

1. Proyecto de posible disposición

56. Para los fines indicados (párr. 37 *supra*), el Relator Especial presenta el siguiente texto:

1. La acción penal por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad será ejercitada por los Estados.

2. No obstante, en el caso de crímenes de agresión o de amenaza de agresión, la acción penal estará subordinada a la previa determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de esos crímenes.

2. Comentarios

57. Cabría pensar que el Consejo de Seguridad, custodio de la paz y de la seguridad internacionales, fuese competente para ejercitar por sí mismo y directamente la acción penal internacional. Pero semejante interpretación del papel de este órgano rebasaría la competencia que le atribuye la Carta de las Naciones Unidas. Su papel consiste en adoptar medidas preventivas para impedir un quebrantamiento de la paz o medidas tendientes al restablecimiento de la paz. Sin embargo, todas estas medidas son políticas y no tienen en absoluto carácter judicial. No se ve, pues, cuál podría ser el fundamento de una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad para el ejercicio de la acción penal contra los crímenes en cuestión.

58. Puede plantearse, sin embargo, la cuestión de determinar si la acción penal no debería estar subordinada, en ciertos casos, a un acuerdo previo del Consejo de Seguridad. En efecto, algunos de los crímenes previstos en el proyecto de código atentan de una manera significativa contra la paz internacional. Nos referimos, en especial, a la agresión y a la amenaza de agresión. Ahora bien, en virtud del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad tiene la facultad de determinar «la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión». Hay que admitir, pues, que en tales circunstancias la acción penal esté condicionada a la determinación de la agresión o amenaza de agresión por el Consejo de Seguridad. En consecuencia, si un Estado tratase de acudir directamente al tribunal sin acuerdo previo del Consejo de Seguridad, aquél debería remitir la querella al Consejo de Seguridad para su examen y acuerdo previos.

59. Cuando se trate de las restantes infracciones (crimen de guerra, crímenes contra la humanidad y, en particular, el genocidio o el tráfico internacional ilícito de estupefacientes) parecerá, por el contrario, no ser necesario el acuerdo de un órgano de las Naciones Unidas.

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

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/436*

Séptimo 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]
[15 de marzo de 1991]

ÍNDICE

		Página
CONVENCIONES Y TRATADOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME		48
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1	50
Capítulo		
I ESTRUCTURA DE LA PARTE I DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	2-4	50
II TÉRMINOS EMPLEADOS	5-85	51
A Definición de «curso de agua internacional»	6-84	51
1 Componentes de un curso de agua que deben incluirse en la definición de «curso de agua internacional»	8-49	52
a) El concepto de «sistema de curso de agua»	10-14	53
b) Componentes de un sistema de curso de agua	15-49	54
i) Generalidades	15	54
ii) Los componentes de un sistema de curso de agua ilustrados en un contexto internacional	16	54
iii) Las aguas subterráneas y su importancia	17-49	54
a Cantidad de las aguas subterráneas	17	54
b Utilización de las aguas subterráneas	18 21	54
c Características de las aguas subterráneas	22-25	55
d Importancia de la inclusión de las aguas subterráneas en la planificación y gestión de los recursos hídricos	26 32	56
e Las aguas subterráneas en la práctica de los Estados	33-43	58
1 Acuerdos internacionales	34 38	58
11 El asunto del *Donauversinkung*	39-43	59
f Proyectos concretamente relacionados con las aguas subterráneas transfronterizas	44-49	60
1 Reglas de Seul	46-47	60
11 Proyecto de Bellagio	48-49	61
2 Utilización del concepto de «sistema» u otros conceptos afines en los convenios internacionales	50-58	61
3 Utilización del concepto de «sistema» o de conceptos análogos en otros instrumentos, proyectos y estudios internacionales	59-71	63
4 La noción de «carácter internacional relativo» de un curso de agua	72-84	65
B Otros términos que podrían incluirse en el artículo	85	67
C Artículo propuesto		67
	Párrafo	
III CONCLUSIÓN	86	68
Anexo		
Figura 1		68
Figura 2		69
Figura 3		70
Figura 4		71
Figura 5		72

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/436/Corr.1 a 3.

Convenciones y tratados citados en el presente informe*

ABREVIATURAS

Textes législatifs — Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux a des fins autres que la navigation* (N.º de venta 63 V 4)

ÁFRICA

Tratados multilaterales

	Fuente
Alto Volta, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Dahomey, Guinea, Malí, Níger y Nigeria —Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (Niamey, 26 de octubre de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pág. 9
Camerún, Chad, Níger y Nigeria —Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort-Lamy, 22 de mayo de 1964)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation Afrique*, Recursos naturales/Serie del agua, N.º 13 (N.º de venta E/F.84.II.A.7), pág. 8
Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (Argel, 15 de septiembre de 1968)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1001, pág. 3
Burundi, República Unida de Tanzanía y Rwanda — Acuerdo por el que se crea la Organización para la gestión y el aprovechamiento de la cuenca del río Kagera (Rusumo, 24 de agosto de 1977)	*Ibid*, vol. 1089, pág. 165
Gambia, Guinea y Senegal —Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del Gambia (Kaolack, 30 de junio de 1978)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux a des fins autres que la navigation Afrique*, Recursos naturales/Serie del agua, N.º 13 (N.º de venta E/F.84.II.A.7), pág. 42
Alto Volta, Benin, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Guinea, Malí, Níger y Nigeria —Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Niger (Faranah, 21 de noviembre de 1980)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pag. 56
Acuerdo sobre el Plan de Acción para la gestión ecológicamente racional de la cuenca común del río Zambezi (Harare, 28 de mayo de 1987)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 27, 1988, pág. 1109

Tratado bilateral

República Arabe Unida y Sudán —Acuerdo relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo (El Cairo, 8 de noviembre de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 453, pág. 51

AMÉRICA

Tratado multilateral

Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay — Tratado de la cuenca del Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969)	*Ibid*, vol. 875, pág. 3

Tratados bilaterales

Estados Unidos de América y Gran Bretaña —Tratado relativo a las aguas fronterizas y los problemas limítrofes planteados entre el Canadá y los Estados Unidos de América [Washington (D.C.), 11 de enero de 1909]	Canada, *Actes du Parlement*, vol. I *Actes privés et locaux*, Ottawa, 1911, *Textes législatifs*, pag. 260, N.º 79

* Los instrumentos figuran en orden cronológico, por continente

	Fuente
Canadá y Estados Unidos de América —Tratado relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia [Washington (D C), 17 de enero de 1961]	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 542, pág 245

ASIA

Tratado bilateral

India, Pakistán y BIRF —Tratado relativo al uso de las aguas del Indo (Karachi, 19 de septiembre de 1960)	*Ibid*, vol 419, pág 125

EUROPA

Tratado multilateral

Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Italia, etc — Convenio que fija el estatuto definitivo del Danubio (París, 23 de julio de 1921)	SDN, *Recueil des Traités*, vol XXVI, pág 173

Tratados bilaterales

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Hungría —Convenio relativo a medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas en la frontera soviético-húngara en la zona del río fronterizo Tisza (Ushgorod, 9 de junio de 1950)	*Textes législatifs*, pág 827, N ° 227
Yugoslavia y Hungría —Acuerdo relativo a cuestiones de hidroeconomía y estatuto de la Comisión yugoslavo-húngara de hidroeconomía (Belgrado, 8 de agosto de 1955)	*Ibid*, pág 830, N ° 228
Yugoslavia y Albania —Acuerdo sobre el régimen de aguas, al que acompañan como anexo el estatuto de la Comisión yugoslavo-albanesa de hidroeconomía y el Protocolo sobre la pesca en ríos y lagos fronterizos (Belgrado, 5 de diciembre de 1956)	*Ibid*, pág 441, N ° 128
Yugoslavia y Bulgaria —Acuerdo (con anexo) sobre el régimen de aguas (Sofía, 4 de abril de 1958)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 367, pág 89
Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas fronterizas (Varsovia, 17 de julio de 1964)	*Ibid*, vol 552, pág 175
Grecia y Yugoslavia —Acuerdo relativo al estudio de la mejora integral de la cuenca del Axios/Vardar (Belgrado, 12 de junio de 1970)	*Službeni List*, Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Belgrado, N ° 48, texto 124, pág 723
Finlandia y Suecia —Acuerdo de los ríos fronterizos (con anexos) [Estocolmo, 16 de septiembre de 1971]	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 825, pág 191
Italia y Suiza —Convención relativa a la protección de las aguas italo-suizas contra la contaminación (Roma, 20 de abril de 1972)	*Revue générale de droit international public* (París), 3 ª serie, tomo LXXIX, París, Pedone, 1975, págs 265 y ss
República Federal de Alemania/Comunidad Económica Europea y Austria —Acuerdo sobre cooperación hidroeconómica en la cuenca del Danubio (Regensburg, 1 ° de diciembre de 1987)	*Journal officiel des Communautes européennes*, vol 33, 5 de abril de 1990, pág 20

Convenciones generales

	Fuente
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania —Tratado de Versalles (Versalles, 28 de junio de 1919)	G F de Martens, *Nouveau Recueil general de Traites*, 3ª serie, tomo X, Leipzig Weicher, 1923, Editorial A L S A , Barcelona, 1919
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 1155, pág 331
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, *Anuario Juridico 1975* (N ° de venta S 77 V 3), pág 91
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	*Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesion de Estados en materia de Tratados Documentos Oficiales, vol III, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 79 V 10), pág 195
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	A/CONF 117/14
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF 129/15

Introducción

1 En su sexto informe[1], el Relator Especial terminó de presentar las disposiciones cuya inclusión en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación recomienda a la Comisión que considere[2] En el presente informe se trata principalmente la cuestión de los términos empleados y, en particular, la definición de «curso de agua internacional» Sin embargo, antes de pasar a examinar esa cuestión fundamental, el Relator Especial desearía señalar a la atención de la Comisión la cuestión del orden de los artículos relativos al «ámbito de aplicación» del proyecto de artículos y a los «términos empleados», respectivamente

[1] *Anuario 1990*, vol II (primera parte), pág 43, documento A/CN 4/427 y Add 1

[2] Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión (arts 1 a 27), véase *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), págs 58 a 61

CAPÍTULO I

Estructura de la parte I del proyecto de artículos

2 Actualmente, la parte I del proyecto de artículos, titulada «Introducción», comienza con un artículo titulado provisionalmente «Términos empleados» (art 1), al que sigue un artículo titulado «Ambito de aplicación de los presentes artículos» (art 2) El Relator Especial recomienda a la Comisión que estudie la posibilidad de invertir el orden de esos artículos, de manera que el primer artículo del proyecto definiera su ámbito de aplicación y el segundo definiera los términos empleados

3 Esa estructura sería más lógica y, además, resultaría más útil para el lector que la estructura actual Normalmente, lo primero que se desearía saber acerca de un conjunto de artículos sería lo que abarca y no la forma en que en él se definen ciertos términos técnicos Es tal vez por esa razon que varias convenciones basadas en proyectos de la Comisión han adoptado la estructura que aquí se recomienda Cabe citar como ejemplo la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la

Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales Además, la Comisión ha aplicado el mismo criterio en sus dos proyectos de artículos más recientes el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, cuya primera lectura quedó terminada en 1986[3], y el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, a cuya segunda lectura dio término en 1989[4, 5]. Por último, puede citarse como ejemplo la labor de la Comisión sobre el propio tema de los cursos de agua los seis proyectos de artículos aprobados originalmente por la Comisión en 1980 comenzaban con un artículo 1, titulado «Ambito de aplicación de los presentes artículos»[6]

4 Aunque en ocasiones anteriores los cambios de esta naturaleza se han introducido generalmente durante la segunda lectura, el Relator Especial no ve motivo para no hacer el cambio antes de que se apruebe todo el proyecto de artículos en primera lectura Parece poco probable que la mera inversión del orden de los primeros dos artículos del proyecto vaya a ser motivo de confusión para los Estados En efecto, como se indica anteriormente, el Relator Especial estima que sería más útil para el lector que en el primer artículo figurara el ámbito de aplicación del proyecto en lugar de una lista de definiciones técnicas La sección siguiente del informe trata de esas definiciones

[3] Véase *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), págs 7 y ss

[4] Véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), págs 10 y ss

[5] Sin embargo, este criterio no se ha aplicado en todos los textos producidos por la Comisión Por ejemplo, la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal comienza con un artículo sobre los términos empleados y se refiere al ámbito de aplicación de la Convención en el artículo 2

[6] *Anuario 1980*, vol II (segunda parte) pág 107

CAPÍTULO II

Términos empleados

5 En el presente capítulo se examinará en primer lugar la definición de la expresión «curso de agua internacional», para luego indicar varias otras expresiones que la Comisión tal vez desee definir en el artículo sobre «términos empleados»

A.—Definición de «curso de agua internacional»

6 Desde 1976 ha existido en la Comisión «acuerdo general de que no es preciso examinar al principio de los trabajos la cuestión del alcance de la expresión "cursos de agua internacionales" En vez de ello, debería dedicarse atención a iniciar la formulación de principios generales aplicables a los aspectos jurídicos de los usos de esos cursos de agua»[7]. En el segundo informe (1986), el Relator Especial expresó la opinión de que «bien podría ocurrir que al dejar de lado esta cuestión por el momento se acelerara esa labor» sobre el tema y recomendó que «la Comisión partiera de la base de la hipótesis provisional de trabajo formulada y aceptada en 1980»[8] En su 39 ° período de sesiones (1987), la Comisión aprobó las primeras disposiciones del presente proyecto de artículos (artículos 2 a 7) En ese período de sesiones, la Comisión decidió «dejar de lado por el momento la cuestión del artículo 1 (Términos empleados) y la del empleo del término "sistema" y proseguir su labor basándose en la hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en su 32 ° período de sesiones, en 1980»[9] La hipótesis dice lo siguiente

> El sistema de un curso de agua está formado por componentes hidrográficos como ríos, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario, de ese modo, todo uso que afecte a las aguas en una parte del sistema puede afectar a las aguas en otra parte del sistema
>
> El «sistema de un curso de agua internacional» es el sistema de un curso de agua cuyos componentes están situados en dos o más Estados
>
> Las partes de las aguas que se encuentren en un Estado, en la medida en que no resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o que no afecten a éstos, no se considerarán incluidas en el sistema del curso de agua internacional Así pues el sistema es internacional en la medida en que los usos de las aguas del sistema se influyen recíprocamente, pero sólo en esa medida, por lo tanto, el carácter internacional del curso de agua no es absoluto sino relativo[10]

7 Ahora que la Comisión ya ha aprobado la mayor parte de las disposiciones del proyecto y está procediendo a examinar las restantes, ha llegado el momento de adoptar una decisión acerca del alcance de la expresión «curso de agua internacional» Es indudable que la labor de la Comisión se ha visto facilitada por el hecho mismo de que las normas básicas del proyecto de artículos están claramente establecidas, sólo queda decidir cuál será el ámbito de su aplicación En realidad, son dos las cuestiones que debe examinar la Comisión en relación con esto La primera es si el proyecto de artículos se aplica a todos los componentes hidrográficos de los cursos de agua in-

[7] *Anuario 1976*, vol II (segunda parte), pág 160, párr 164

[8] Véase *Anuario 1986*, vol II (primera parte), pág 103, documento A/CN 4/399 y Add 1 y 2, párr 63

[9] *Anuario 1987*, vol II (segunda parte) pág 26 nota 83

[10] *Anuario 1980*, vol II (segunda parte) pág 105, párr 90

ternacionales[11] y a todas las formas de esos cursos de agua[12], incluidos los ríos, sus tributarios, los lagos, los canales, los embalses y las aguas subterráneas. El segundo problema es si, a los efectos del proyecto de artículos, debe considerarse que los cursos de agua tienen un carácter internacional «relativo»[13].

1. Componentes de un curso de agua que deben incluirse en la definición de «curso de agua internacional»

8. Ciertos aspectos de la respuesta al primer problema ya están implícitos en muchas de las disposiciones del proyecto aprobadas hasta la fecha, al menos en lo que respecta a las aguas de superficie. Tal vez el más destacado de esos aspectos sea que el ámbito espacial de los artículos no se limita necesariamente a los cursos de agua, o a las partes de éstos, situados en la región fronteriza inmediata. A menos que el ámbito del proyecto de artículos se limite a los cursos de agua contiguos y a los lagos fronterizos —cosa que el Relator Especial entiende que no se ha sugerido en la Comisión—, las normas del proyecto, por su propia naturaleza, requerirán que los Estados del curso de agua consideren los posibles efectos, en otros Estados del curso de agua, de las actividades que pueden no tener lugar en la vecindad inmediata de una frontera. Ello significa, por ejemplo, que el régimen de utilización equitativa (art. 6) podría resultar tan perjudicado por las actividades llevadas a cabo en un lugar distante de la frontera, en un tributario de un río que cruce la frontera o en un canal que conduzca a dicho río, como por las actividades realizadas en el río mismo, en la vecindad inmediata de la frontera. Lo mismo ocurriría con la capacidad de causar daños apreciables (art. 8). Por ejemplo, las sustancias químicas tóxicas que se vierten en un curso de agua secundario que fluye hacia un lago fronterizo pueden, en último término, avanzar a través del lago y causar daños más allá de la frontera, a otro de los Estados del curso de agua[14]. Del mismo modo, las disposiciones de la parte III del proyecto de artículos (Medidas proyectadas) no serían menos aplicables a los usos de un tributario que se encontrase distante de una línea fronteriza que a los usos del caudal principal de un río situado más adelante en la propia región fronteriza: en ambos casos, la aplicabilidad dependería de si las medidas proyectadas «pueden causar un efecto perjudicial apreciable a otros Estados del curso de agua» (art. 12). Con arreglo al proyecto de artículos, en todos estos casos la aplicabilidad depende de si la actividad o el uso en cuestión podría constituir una utilización poco equitativa o inadecuada; si causaría daños apreciables a otros Estados del curso de agua o podría causarles efectos perjudiciales apreciables[15]; si causaría daños al ecosistema del curso de agua internacional, o si constituiría una situación que pudiera resultar nociva para otros Estados del curso de agua[16]. Además, otros derechos y obligaciones establecidos en virtud del proyecto de artículos también tendrían que ser aplicables a las partes de un curso de agua internacional distintas del caudal principal para que tengan sentido. Es el caso, por ejemplo, del derecho a participar en la formulación y concertación de acuerdos relativos a una parte de un curso de agua (art. 5, párr. 2), de la obligación de tener en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes en una utilización equitativa (art. 7), y de la obligación de intercambiar regularmente datos e información (art. 10).

9. El Relator Especial estima que la expresión «curso de agua internacional» se debe definir de manera que queden claras las consecuencias anteriormente mencionadas de los proyectos de artículos aprobados hasta el momento. Una definición de «curso de agua internacional» en que sólo esté comprendida aquella porción de un río, lago, etc., que forme o cruce una línea fronteriza internacional parecería demasiado restringida para resultar útil a los destinatarios del proyecto de artículos. En otras palabras, una definición así no pondría sobre aviso a las autoridades responsables de aplicar el proyecto de artículos acerca de las consecuencias descritas anteriormente, y de la consiguiente necesidad de tener en cuenta, entre otras cosas, los posibles efectos transfronterizos de las actividades en curso o proyectadas. Del mismo modo, incluso una definición de «curso de agua internacional» en que se hiciese referencia, por ejemplo, a «todo curso de agua ... que cruce la frontera entre dos o más Estados o la constituya»[17] podría dar lugar a incertidumbres y a dificultades de aplicación, porque el significado exacto de la expresión «curso de agua» quedaría sin definir. En consecuencia, el Relator Especial recomienda que en el proyecto de artículos se incluya una definición de la expresión «curso de agua» y, por las razones que se explican más adelante, estima que los derechos y obligaciones de los Estados del curso de agua en virtud del proyecto de artículos quedarían más claros, y que la planificación y ordenación cooperativas de los cursos de agua internacionales serían más eficaces si se definiera la expresión

[11] Como se explica a continuación en relación con el examen del ciclo hidrológico, un sistema de curso de agua tendrá siempre ciertos tipos de componentes (como ríos, sus tributarios y aguas subterráneas), y puede tener asimismo otros (como lagos, embalses y canales). [En esta explicación no se tiene en cuenta el caso de un acuífero (aguas subterráneas) no relacionado con las aguas de superficie. Más adelante en este capítulo se examinará ese tipo de agua subterránea.]

[12] La noción de «formas» de los cursos de agua internacionales se utiliza aquí para referirse a ciertos componentes de un sistema de curso de agua que pueden o no estar presentes en una cuenca hidrográfica determinada. Entre ellos se contarían los lagos, los embalses y los canales. La expresión «formas» se refiere, pues, a los posibles componentes de un sistema de curso de agua distintos de los que están presentes en cada caso (véase nota 11 *supra*).

[13] El concepto de «carácter internacional relativo» de un curso de agua se deriva de la hipótesis provisional de trabajo aceptada por la Comisión como base para su labor en 1980 (véase nota 10 *supra*).

[14] Véase, por ejemplo, *Ohio* c. *Wyandotte Chemicals Corp et al.* (*United States Reports of Cases Adjudged in the Supreme Court*, vol 401, 1971, págs. 493 y ss.), que fue un juicio entablado por el Estado de Ohio (Estados Unidos de América) contra, entre otros, una empresa canadiense acusada de verter mercurio en un tributario canadiense del Lago Erie, acción que causó daños en el Estado de Ohio y a ese Estado. El Estado de Ohio pidió «indemnización monetaria por los daños causados al Lago Erie, sus peces, su vida silvestre y su vegetación, así como a los ciudadanos y habitantes de Ohio».

[15] El criterio de los «efectos perjudiciales apreciables» se utiliza en la parte III del proyecto de artículos. Véase, por ejemplo, el artículo 12.

[16] «Las situaciones que pueden ser nocivas para otros Estados del curso de agua» se tratan en el artículo 26. La lista de criterios no es exhaustiva, pero cabe esperar que sirva de ejemplo.

[17] Véase la nota de la secretaría de la CEPE, «Éléments possibles d'un projet de convention-cadre sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux», documento ENVWA/WP 3/R 17, elemento II, párr. 1 *a*.

«curso de agua» fundamentalmente como un sistema de aguas integrado por componentes hidrográficos que, en virtud de su interrelación física, constituyen un todo unitario. Este fue el criterio adoptado para la definición de trabajo provisional enunciada en el párrafo 6 *supra*, sobre cuya base se elaboró el proyecto de artículos. Aunque en documentos anteriores de la Comisión[18] se ha analizado el concepto de «sistema de curso de agua», éste se volverá a examinar brevemente en la sección *a* que sigue, a fin de proporcionar un contexto para las recomendaciones del Relator Especial.

a) *El concepto de «sistema de curso de agua»*

10. El punto de partida para entender el funcionamiento de los cursos de agua es el ciclo hidrológico. Como este fenómeno se trató en detalle en el primer informe del Sr. Schwebel[19], sólo se resumirán aquí sus características principales.

11. Nebel ha descrito en forma relativamente concisa y no técnica el ciclo hidrológico[20] y ha acompañado un diagrama (véase anexo, fig. 1).

12. Puede decirse en general que el agua está en constante movimiento, sea entre los estados gaseoso, sólido y líquido, o desde las montañas hacia el mar Este hecho parecería significar que cualquier intento de encerrarla completamente, o de sujetarla por entero a nuestro exclusivo dominio y control, sería totalmente infructuoso. Incluso

> [.] el agua aparentemente inerte que llena el vaso que acompaña a un plato de comida puede convertir los cubos de hielo en líquido, enviar pequeñas cantidades de vapor hacia el aire que tiene encima y condensar el vapor en gotitas en la lisa superficie de vidrio del vaso, todo ello simultáneamente[21]

13. Sin embargo, en otro sentido, el agua es la esencia de la estabilidad:

> La cantidad total de agua ni aumenta ni disminuye Se cree que es prácticamente la misma ahora que hace 3 000 millones de años El agua interminablemente reciclada se utiliza, se elimina, se purifica y se vuelve a utilizar Las papas de la cena de anoche pueden haber hervido en lo que, hace siglos, fue el agua del baño de Arquímedes[22]

14. Aunque «reconforta saber que las existencias mundiales de este vital elemento no pueden agotarse»[23], el constante aumento de la demanda de este recurso duradero pero finito por parte de la población humana en expansión de la Tierra[24] exige que se adopten todas las medidas posibles para asegurar su conservación. Una de las formas en que la Comisión puede contribuir a promover la conservación y protección de los recursos de agua dulce es crear conciencia en los funcionarios gubernamentales responsables de que sus obligaciones internacionales

---

[18] Véanse, por ejemplo, los párrafos 2 a 8 del comentario al artículo 1 en su forma aprobada en 1980 [*Anuario 1980*, vol II (segunda parte), págs 107 y 108], y el segundo informe del Sr Schwebel [*Anuario. 1980*, vol II (primera parte), págs 175 y 176, documento A/CN 4/332 y Add 1, párrs 53 a 58]

[19] *Anuario 1979*, vol II (primera parte), págs 148 a 151, documento A/CN 4/320, párrs 9 a 21

[20] «El ciclo del agua, llamado también ciclo hidrológico, consiste básicamente en el agua que ingresa a la atmósfera mediante la evaporación y reingresa mediante la condensación y la precipitación No obstante, el ciclo tiene otros aspectos que pueden examinarse con más detalle

»*El agua que ingresa a la atmósfera*

»Como los océanos cubren alrededor del 70% de la superficie de la Tierra, no es sorprendente que la mayor cantidad de vapor de agua ingrese a la atmósfera por evaporación desde la superficie de los océanos También se evapora el agua de los lagos, los ríos, el suelo húmedo y otras superficies mojadas, en las zonas cubiertas de vegetación, ingresan a la atmósfera grandes cantidades de agua por transpiración de las plantas La combinación de la evaporación y la transpiración se denomina evapotranspiración

»[ ]

»*El agua que corre por encima y a través del suelo*

»El agua que llega al suelo como precipitación puede tomar dos caminos Puede penetrar la tierra, fenómeno que se denomina infiltración, o puede deslizarse por la superficie, lo que se denomina escurrimiento [ ] El escurrimiento fluye por la superficie y se vierte en los caudales y ríos que van a dar a los océanos o a otros puntos de evaporación Todos los estanques, lagos, caudales, ríos y demás aguas que se encuentran en la superficie se denominan aguas de superficie

»Para el agua que se infiltra, también hay dos alternativas Puede quedar retenida en el suelo, en cantidades que dependerán de la capacidad de retención de agua del suelo [ ] Esta agua, llamada agua capilar, regresa a la atmósfera por medio de la evapotranspiración

»El agua infiltrada que no queda retenida en el suelo se denomina agua gravitacional porque sufre los efectos de la gravedad y se escurre o filtra a través de los poros o grietas del terreno No obstante, tarde o temprano el agua gravitacional llega hasta una capa impermeable de roca o arcilla densa El agua que corre libre se acumula y llena completamente todas las grietas, poros y espacios situados por encima de esa capa impermeable Esa agua acumulada se llama agua subterránea, y su nivel superior constituye el nivel hidrostático [ ] El agua gravitacional se convierte en agua subterránea a medida que llega al nivel hidrostático, tal como el agua de lluvia pasa a ser agua de lago cuando llega a la superficie del lago Los pozos se deben cavar hasta más abajo del nivel hidrostático, entonces el agua subterránea, que se mueve libremente, se cuela dentro del pozo y lo llena hasta el nivel hidrostático

»Las capas de roca subterráneas con frecuencia forman pendiente, lo que hace que las aguas subterráneas se muevan lentamente como grandes ríos subterráneos Las capas de material poroso a través de las cuales se desplaza el agua subterránea se llaman acuíferos La ubicación real de los acuíferos es compleja Con frecuencia existen capas de roca porosa entre capas de material impermeable y toda la formación puede estar plegada o fracturada de distintas maneras Estas aguas subterráneas se pueden encontrar a distinta profundidad entre capas de roca impermeable Ademas, la zona de recarga, que es la zona donde el agua efectivamente ingresa a un acuífero, puede hallarse a muchas millas del lugar donde se la extrae

»*Resumen del ciclo del agua*

»En resumen, el ciclo del agua consiste siempre en evaporación, condensación y precipitación Pero dentro del ciclo existen tres "circuitos" principales 1) el circuito del escurrimiento superficial, en que el agua se escurre de la superficie y pasa a formar parte del sistema de aguas de superficie, 2) el circuito de la evaporación-transpiración, en que el agua penetra el suelo y queda retenida allí como agua capilar, para luego regresar a la atmósfera por evaporación desde el suelo o mediante la absorción y transpiración de las plantas, y 3) el circuito de las aguas subterráneas, en que el agua penetra el suelo y se desplaza a través de la tierra, para emerger finalmente en los manantiales, las zonas de rezumamiento o los pozos, y volver a ingresar al sistema de aguas de superficie »

[B J Nebel, *Environmental Science*, 3ª ed , Englewood Cliffs (N J), Prentice-Hall, 1990, págs 194 a 198]

[21] L B Leopold y K S Davis, *Water*, Nueva York, Time, 1966, pág 33

[22] *Ibid*

[23] *Ibid*

[24] En 1968, las Naciones Unidas estimaron que, si se mantenía la tasa de aumento de ese momento, la población mundial sería superior a 6 000 millones de habitantes en el año 2000 [*Perspectivas de la población mundial evaluadas en 1968* (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 72 XIII 4)]

pueden resultar afectadas por las características del agua y, concretamente, por la interrelación entre los distintos componentes de esos sistemas de curso de agua, partes de los cuales atraviesan sus fronteras. Esto puede lograrse reconociendo expresamente la interrelación que existe entre los componentes correspondientes en el proyecto de artículos. Esos componentes, es decir, aquellos que podrían describirse como «terrestres» para distinguirlos de los atmosféricos u oceánicos, son el tema de la sección siguiente.

b) *Componentes de un sistema de curso de agua*

i) *Generalidades*

15. Los distintos componentes de un sistema de curso de agua pueden dividirse en aguas de superficie y aguas subterráneas. Las aguas de superficie pueden tomar varias formas naturales, como ríos, lagos y estanques, y varias formas artificiales como canales y embalses. Los glaciares, que pueden considerarse aguas de superficie en estado sólido, contribuyen considerablemente a algunos sistemas de curso de agua. Las aguas subterráneas se examinarán nuevamente en la sección iii) *infra*.

ii) *Los componentes de un sistema de curso de agua ilustrados en un contexto internacional*

16. John Kolars, experto en geografía y cursos de agua internacionales, ha preparado un diagrama (véase anexo, fig. 2) que es una buena ilustración de la forma en que se interrelacionan varios de los componentes de un sistema de curso de agua. Es particularmente apropiado para los fines de la Comisión, pues coloca al sistema hipotético en un contexto internacional[25]. En la explicación de su diagrama[26] Kolars demuestra la forma en que interactúan los distintos componentes de un sistema de curso de agua. Teniendo esto en cuenta, en la sección que sigue se examinará más detalladamente uno de esos componentes, las aguas subterráneas, que en opinión del Relator Especial merecen atención especial de parte de la Comisión.

iii) *Las aguas subterráneas y su importancia*

a. *Cantidad de las aguas subterráneas*

17. Tal vez la característica más asombrosa de las aguas subterráneas sea su cantidad en relación con las aguas de superficie. Se ha estimado que el 76% de toda el agua dulce de la Tierra está «encerrada» en los casquetes polares y los glaciares. El 13% del agua dulce mundial está ubicada a una profundidad de entre 800 y 4.000 metros bajo la superficie de la Tierra, en tanto que el 10% se encuentra dentro de los 800 metros de profundidad. Los lagos contienen sólo un 0,33%, la humedad del suelo un 0,18%, la atmósfera un 0,036% y los ríos una cantidad comparativamente minúscula, del 0,004% del total de agua dulce mundial[27]. De modo que las aguas subterráneas constituyen aproximadamente el 97% del agua dulce de la Tierra, con exclusión de los casquetes polares y los glaciares. Tan sólo el volumen de las aguas subterráneas es un argumento a favor de su inclusión en el ámbito del proyecto de artículos, ya que en los años y decenios venideros los Estados de los cursos de agua necesariamente aumentarán su demanda de esas aguas.

b. *Utilización de las aguas subterráneas*

18. No obstante, aún hoy se confía en gran medida en las aguas subterráneas para la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Según un estudio preparado recientemente por la Secretaría a petición del Relator Especial —el que se recomienda a la atención de la Comisión—, la mayor parte de la población mundial depende actualmente de las aguas subterráneas[28], y en muchos países un gran porcentaje de la población depende de ellas. Las aguas subterráneas son, de hecho, la única fuente de agua en muchas regiones áridas y semiáridas, en las que son de vital importancia para el desarrollo y, desde luego, para la propia vida humana[29]. Por ejemplo,

---

[25] «Hydro-geographic background to the utilization of international rivers in the Middle East», en American Society of International Law, *Proceedings of the 80th Annual Meeting*, Washington (D.C), 9 a 12 de abril de 1986, págs 250 y ss

[26] «El caudal se inicia con las precipitaciones naturales en la cabecera de un río de un país determinado El agua se puede embalsar para la generación de energía eléctrica y puede haber cierta pérdida por evaporación desde la superficie de los embalses Esto es especialmente cierto en las cuencas de captación montañosas, donde hay lugares apropiados para la construcción de presas a los fines de la generación de energía hidroeléctrica Luego el agua sigue su curso corriente abajo hasta el próximo embalse, donde se la utiliza para generar electricidad y también para regar los campos Pueden producirse pérdidas similares por evaporación desde la superficie de esos embalses. También pueden producirse pérdidas desde los campos por evapotranspiración y por filtración desde las zanjas, etc Los flujos de retorno pueden o no tener niveles inaceptables de contaminación. Más abajo a lo largo de la corriente se bombea agua de los acuíferos independientes para regar otros campos, lo que produce algún flujo de retorno que puede aumentar la cantidad de agua que desciende, pero también aumentar su salinidad Además, se producen pérdidas a través de la evapotranspiración local La filtración de retorno desde los campos puede contrarrestar en parte la reducción debida al bombeo, pero también puede contaminar las aguas de los manantiales El bombeo excesivo puede provocar la disminución del caudal de los manantiales a través de la frontera internacional (Como esa disminución tarda en producirse debido a la capacidad de almacenamiento del acuífero y habida cuenta, además, de las dificultades de observación, puede resultar difícil establecer una relación de causalidad en este caso) En el próximo país situado aguas abajo se repiten los mismos procesos, todos los cuales pueden tener consecuencias para los países situados corriente abajo. En todos los puntos a lo largo del río, los cambios en la cantidad y calidad del agua pueden afectar a los usos domésticos e industriales Estas situaciones pueden producirse, y de hecho se producen, con numerosas modificaciones y en numerosas combinaciones » (*Loc cit*, págs 257 y 258)

[27] *The New Encyclopaedia Britannica*, 15 ª ed , Universidad de Chicago, Chicago, 1987, vol 20, pág 789

[28] «The law of international ground water», Naciones Unidas, Oficina de Asuntos Jurídicos, División de Codificación, diciembre de 1990 (mimeografiado), pág 3 (denominado en adelante «estudio de la Secretaría»)

[29] *Ibid*, pág 4 Véase también E Fano y M Brewster, «Issues in ground water economics», en Naciones Unidas, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, *Ground Water Economics*, Informe de un simposio y curso práctico internacional de las Naciones Unidas organizado en cooperación con el Gobierno de España, Barcelona (España), 19 a 23 de octubre de 1987, documento TCD/SEM 88/2, pág 31 (citado en adelante como «*Ground Water Economics*») Véanse también el examen de «la naturaleza cada vez más crítica de las presiones sobre las aguas subterráneas», en R D Hayton y A E Utton,

«las aguas superficiales son escasas en la mayor parte de Africa» e «incluso la mayoría de las principales ciudades de Africa dependen hoy en gran medida de las aguas subterráneas»[30]. Se ha llegado a la conclusión de que el fuerte incremento reciente en el uso de las aguas subterráneas en Africa «va unido a la rápida entrada del continente en el mundo moderno» y «es casi siempre una de las condiciones fundamentales para el desarrollo económico y social, ya que constituye un factor esencial en la vida o la supervivencia de muchos centros de población ya existentes y una condición fundamental para el establecimiento de otros nuevos»[31]. Los grandes acuíferos del Africa nororiental sirven de ejemplo concreto:

> Las aguas subterráneas se consideran la única esperanza para el desarrollo en muchas regiones desérticas, tales como Libia y el norte del Sudán El flujo subterráneo desde las formaciones de arenisca de la Nubia sudanesa hasta Egipto se ha estimado en más de 7 millones de metros cúbicos anuales, es de buena calidad y no está contemplado en el tratado de 1959 entre Egipto y Sudán sobre la división de las aguas del Nilo[32].

19. En el Mediterráneo oriental y el Asia occidental ha habido también «un rápido crecimiento de la demanda de agua, especialmente de agua subterránea, que es la única fuente de suministro de agua en la mayor parte de la región»[33]. En la cuenca del Indo, que fluye de la India al Pakistán, la interacción entre las aguas superficiales y las subterráneas da origen a problemas de otra índole:

> El valle del Indo es una de las regiones regadas más grandes del mundo Los principales canales atraviesan áreas de alimentación, abasteciendo tan abundantemente las aguas subterráneas que el alto nivel freático ha causado salinización del suelo, grave problema que requiere especiales extracciones de los tramos de mayor calidad del acuífero para reducir el nivel freático y la utilización de estas aguas en la superficie con arreglo a un plan cuidadosamente elaborado[34]

20. También en América existe una gran dependencia de las aguas subterráneas. En el territorio de México, «en cuyas dos terceras partes predominan condiciones desérticas, áridas o semiáridas, las aguas subterráneas son un recurso inestimable...»[35]. En los Estados Unidos, las fuentes subterráneas suministran la mitad de toda el agua potable, e incluso en el Canadá, «país predominantemente húmedo, en donde el agua superficial es sumamente abundante, las aguas subterráneas representan más del 10% del abastecimiento de agua urbano, rural e individual, y se están utilizando también, cada vez más, para riego y usos industriales»[36]. Lo mismo cabe decir de otras partes del mundo húmedas (es decir, no áridas) en las que la demanda de aguas subterráneas ha crecido a medida que las superficiales se agotan o contaminan[37].

21. Las aguas subterráneas representan el 70% de toda el agua potable en los países de la Comunidad Europea[38]. El porcentaje es considerablemente más alto en Alemania y en los países del Benelux, alcanza el 93% en Italia[39], y, según algunos informes, llega hasta el 98% en Dinamarca[40].

c. *Características de las aguas subterráneas*

22. Aunque ya hemos indicado las características generales de las aguas subterráneas[41], dos de ellas merecen especial atención. La primera es que si bien su flujo es lento en comparación con el de las aguas superficiales, las subterráneas «están continuamente en movimiento... Pueden moverse desde sólo unas pocas milésimas de centímetro al día en el suelo y en algunas rocas permeables densas hasta varios miles de metros en una formación geológica fisurada»[42]. Aunque quizá no se mueva con rapidez, «[la] mayor parte de la lluvia que se filtra a través de las capas del suelo hasta el agua subterránea subyacente terminará por alcanzar los principales cauces de las corrientes...»[43, 44].

23. Una segunda característica de las aguas subterráneas que merece ser destacada es que, si bien en casos excepcionales puede existir en zonas en las que no hay prácticamente agua superficial[45], normalmente está asociada de manera estrecha con ríos y lagos. Esta interrelación a la que ya se ha aludido más arriba en conexión con el examen del ciclo hidrológico (párr. 11 *supra*), ha

---

«Transboundary groundwaters The Bellagio Draft Treaty», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 29, N ° 3, 1989, pág 663, sobre todo págs 673 y ss , y un análisis semejante en ILA, *Report of the Sixty-second Conference*, Seúl, 1986, Londres, 1987, págs 231 y ss (citado en adelante como el «informe de Seúl»), particularmente págs 238 a 241

[30] ILA, informe de Seúl (véase nota 29 *supra*), pág 239 El informe agrega «Muchas de estas áreas urbanas están en la costa o cerca de ella, el exceso de bombeo ha originado ya la intrusión de agua salada donde los acuíferos están conectados con el mar adyacente»

[31] *Les eaux souterraines de l'Afrique septentrionale et occidentale*, Ressources naturelles/Série Eau N ° 18 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta 87 II.A.8), pág 18

[32] ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), págs 238 y 239 Véanse, en general, R B Salama, «Ressources du Soudan en eaux souterraines» (Conférence des Nations Unies sur l'eau, docs E/CONF 70/TP27 y E/CONF 70/ABSTRACT 27) y *Les eaux souterraines de l'Afrique septentrionale et occidentale* (nota 31 *supra*)

[33] *Les eaux souterraines de l'Est méditerranéen et de l'Asie occidentale*, Ressources naturelles/Série Eau N ° 9 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta 82 II A 8), pág 4 Este rápido incremento «fue producido por el desarrollo industrial y la urbanización, especialmente como consecuencia del descubrimiento de enormes reservas de petróleo . » [Estudio de la Secretaría (nota 28 *supra*), pág 6]

[34] ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), pág 238

[35] *Las aguas subterráneas en el hemisferio occidental*, Recursos naturales/Serie del agua N ° 4 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 76 II A.5), pág 2

[36] *Ibid*

[37] *Ground Water Economics*, *op cit* , pág 31

[38] Estudio de la Secretaría (nota 28 *supra*), pág 3, que cita a L. A. Teclaff y E Teclaff, «Transboundary ground water pollution survey and trends in treaty law», en *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 19, 1979, pág 629

[39] Estudio de la Secretaría (nota 28 *supra*), pág 3

[40] *Ibid* , pág 4 El estudio cita a la OCDE, *Gestion des ressources en eau — Politiques intégrées*, París, 1989, pág 130

[41] Véase nota 20 *supra*

[42] *The New Encyclopaedia Britannica*, *op cit* , pág 781

[43] R Ward, *Principles of Hydrology*, 2 ª ed , Londres, McGraw-Hill, 1975, pág 241

[44] El movimiento de las aguas subterráneas se ilustra en los diagramas que figuran en el anexo del presente informe (figs 3 a 5)

[45] Las aguas subterráneas pueden ser «libres» o «confinadas» En el caso de las aguas subterráneas libres, el límite superior de la zona de saturación es el nivel freático, en el caso de las «confinadas», por el contrario, el límite superior está formado por un denso estrato de roca (*The New Encyclopaedia Britannica*, *op cit* , pág 780) Los acuíferos confinados «como el que se extiende bajo el desierto del Sáhara, desde Libia hasta las Montañas del Atlas, pueden ser muy grandes Sin embargo, los acuíferos confinados son raros » [*Anuario 1979* , vol II (primera parte), pág 151, documento A/CN 4/320, párr 19]

sido desatendida con frecuencia por planificadores, legisladores y juristas:

> Hemos estado estudiando las aguas subterráneas más o menos como si fuesen distintas del resto del ciclo hidrológico Tal segregación ha sido corriente tanto entre los hidrólogos como entre el público en general, y se refleja en la legislación, el reparto de responsabilidades entre organismos públicos, la explotación y la reglamentación .. Toda agua bombeada de pozos en condiciones de equilibrio se desvía necesariamente hacia el acuífero desde otro lugar, quizá desde otros acuíferos, quizá desde cursos de agua o lagos, quizá desde tierras húmedas; en el mejor de los casos, pero no necesariamente, desde lugares donde nadie la utilizaba Existen numerosos ejemplos de disminución de flujos de corriente por la explotación de las aguas subterráneas y de contaminación de éstas causada por desechos vertidos en las aguas superficiales, que demuestran la estrecha, aunque variable, relación existente entre las aguas superficiales y las subterráneas[46].

24. Estos dos rasgos de las aguas subterráneas, su naturaleza móvil y su interrelación con el agua superficial, indican que lo que haga el Estado de un curso de agua con relación a sus aguas subterráneas (bombeo, por ejemplo) puede afectar a las aguas subterráneas o superficiales del Estado de otro curso de agua. Lo inverso también es cierto. Por ejemplo, la contaminación del agua superficial en el Estado A puede contaminar las aguas subterráneas en el Estado B[47]. Un experto ha indicado cuatro casos diferentes en que las aguas subterráneas de un Estado pueden estar relacionadas con las aguas subterráneas o superficiales de otro Estado:

> i) .. el de un acuífero confinado dividido por un límite internacional ..;
>
> ii) ... el de un acuífero que se encuentra íntegramente en el territorio de un Estado, pero que está vinculado hidráulicamente con un río internacional Se debe distinguir aquí entre aquella hipótesis en que el río es influente y cuando es efluente Así,
>
> — si se trata de un río influente y el acuífero se halla en un Estado de aguas abajo, la utilización de las aguas fluviales por un Estado situado aguas arriba puede afectar a la recarga del acuífero, y
>
> — si se trata de un río efluente, la explotación excesiva del acuífero que alimenta el río puede hacer disminuir el volumen de las aguas de este último
>
> [.]
>
> iii) ... cuando un acuífero situado íntegramente en el territorio de un Estado se halla vinculado hidráulicamente con otro acuífero de un Estado vecino La vinculación puede darse a través de una capa semipermeable como, por ejemplo, un limo arcilloso,
>
> [...]
>
> iv) ... el caso de los acuíferos que se encuentran íntegramente en el territorio de un Estado, pero cuya zona de recarga se halla en el extranjero[48]

25. Dado que las aguas superficiales y subterráneas no pueden separarse de hecho, estos componentes de los sistemas de curso de aguas no deberían, en opinión de los especialistas en recursos hídricos, tratarse separadamente a efectos jurídicos y de planificación. A este último aspecto se dedica la sección siguiente.

d. *Importancia de la inclusión de las aguas subterráneas en la planificación y gestión de los recursos hídricos*[49]

26. La necesidad de tener en cuenta los recursos hídricos subterráneos, y su interacción con las aguas superficiales, en los intentos por lograr una utilización óptima a nivel de la cuenca hidrológica ha sido reconocida en numerosas reuniones celebradas con los auspicios de las Naciones Unidas. Una de las conclusiones a que llegó el grupo de funcionarios gubernamentales y expertos internacionales en la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, celebrada en Addis Abeba en 1988, fue la siguiente:

> Se recomienda que
>
> [.]
>
> 2 Los gobiernos reconozcan que el enfoque por sistemas de la administración de los recursos hídricos 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 hidrológico las aguas superficiales, las aguas subterráneas, el interfaz agua-atmósfera y el interfaz agua dulce-agua salada[50]

27. Esta misma cuestión básica fue puesta de relieve en la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales, celebrada en Dakar en 1981. En dicha reunión, el Relator

> Aludió al hecho de que, con notables excepciones que mencionó, no se reconociera la interrelación entre las aguas superficiales y las aguas subterráneas, incluso en los casos en que en el texto de los acuerdos entre los Estados de un sistema se empleaban términos que no excluían las aguas subterráneas Hacía muy poco que se había empezado a extender el reconocimiento oficial de la interacción del «medio subterráneo» con la superficie (y la atmósfera) La utilización y protección conjuntas de los recursos compartidos de aguas superficiales dentro del mismo sistema serían cada vez más acuciantes en muchas cuencas, como había ocurrido en muchas cuencas internas, si se pretendía atender a las necesidades de las poblaciones[51]

En consecuencia, una de las conclusiones alcanzadas en la reunión de Dakar fue que «[l]os Estados cooperadores que todavía no han incluido las aguas subterráneas en su sistema de recursos hídricos compartidos deberían reconocer que esa parte del ciclo hidrológico está estrechamente vinculada con la cantidad y calidad de las aguas superficiales compartidas...». Uno de los Relatores de dicha reunión observó que podría ser necesaria la contaminación del agua de un componente hidrográfico por la de otro para poner en evidencia la interrelación:

---

[46] H E. Thomas y L B Leopold, «Ground water in North America», *Science*, Washington (D C), vol 143, N ° 3610, 1964, págs 1001 y ss Véanse también el artículo 2 («Hydraulic interdependence») de las Reglas sobre aguas subterráneas internacionales (en adelante denominadas «Reglas de Seúl») y el comentario correspondiente [ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), págs 259 a 267] Las Reglas de Seúl se examinan más abajo en el presente informe (párrs 46 y 47)

[47] Esta interrelación está expresamente reconocida en el artículo 2 de las Reglas de Seúl (véase nota 46 *supra*) Dicho artículo se transcribe en la nota 89 *infra*

[48] J. A Barberis, *El régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional*, FAO, Estudio legislativo N ° 40, 1986, págs 45 y ss

[49] Véase en general la sección relativa a la gestión integrada de recursos hídricos en el estudio de la Secretaría (nota 28 *supra*), págs 16 y ss

[50] *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Deliberaciones de la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la región de Africa, Addis Abeba, 10 a 15 de octubre de 1988, Recursos Naturales/Serie del Agua N ° 20 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 90 II A 10), pág 20

[51] *Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Actas de la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales (Naciones Unidas), Dakar, 5 a 14 de mayo de 1981, Recursos naturales/Serie del Agua N ° 10 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 82 II A 17), pág 11, párr 32

Habida cuenta de la difusión continua de la contaminación, serán innegables en última instancia la existencia e importancia de recursos de aguas subterráneas compartidos entre dos o más Estados, y su frecuente interconexión con corrientes y lagos de superficie, y tampoco será posible excluir a las aguas subterráneas compartidas de los esfuerzos por lograr la óptima utilización y la conservación y protección de los recursos de agua dulce, la mayor parte de los cuales se encuentran en realidad bajo la superficie[52].

28. La necesidad de incluir las aguas subterráneas en la planificación y gestión de los recursos hídricos está bien resumida en el siguiente párrafo del informe del Seminario sobre el papel de las aguas subterráneas en la utilización óptima de los recursos hidráulicos:

Si se pretende lograr una gestión adecuada del abastecimiento total de agua, no cabe considerar a las fuentes de agua superficiales y subterráneas como entidades distintas Puede alcanzarse un máximo de eficiencia y productividad con un mínimo de efectos nocivos, causados por el hombre, por medio de una administración y evaluación inteligentes de los recursos hídricos que comprenda toda una cuenca[53].

29. Diversas organizaciones internacionales han reconocido la importancia de incluir las aguas subterráneas en la planificación y administración de los recursos hídricos. La CEPE ha adoptado numerosas declaraciones y decisiones que incorporan este principio. La Declaración sobre política de prevención y control de la contaminación del agua, incluida la contaminación transfronteriza, de 1980, establece en su principio primero que:

La utilización racional de los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos, como elemento estructural básico de la ordenación a largo plazo del agua, debe considerarse un apoyo efectivo a la política de prevención y control de la contaminación del agua [ ][54]

En 1982, la CEPE adoptó una Decisión sobre cooperación internacional en materia de recursos hídricos compartidos. En el primer párrafo del preámbulo de esta Decisión, la CEPE reconocía «la importancia creciente de las interrelaciones económicas, ambientales y físicas entre países de la CEPE, en especial en aquellos casos en que cursos de agua o lagos y acuíferos de agua subterránea relacionados con ellos atraviesan fronteras internacionales o están situados sobre ellas»[55]. En su Declaración sobre política de uso racional del agua, adoptada en 1984, la CEPE formuló un conjunto de principios sobre el uso racional del agua[56]. Uno de ellos establece, entre otras cosas, que «debe ponerse especial atención en ... *e*) la utilización coordinada tanto de las aguas superficiales como de las subterráneas, teniendo en cuenta su estrecha interrelación»[57]. Finalmente, en su Carta sobre el Ordenamiento de las Aguas Subterráneas, adoptada en 1989, la CEPE hace un llamamiento a la ordenación integrada del agua, que comprenda tanto las aguas superficiales como las subterráneas, «sin perjuicio de tener en cuenta las peculiares características de las aguas subterráneas en comparación con las superficiales, las cuales requieren medidas especiales de protección de los acuíferos»[58].

30. En su Recomendación de 1978 sobre políticas e instrumentos de ordenación del agua, el Consejo de la OCDE declaró que uno de los principales objetivos de la ordenación de las aguas es «proteger y mejorar el ciclo hidrológico en general...»[59]. En este documento, el Consejo recomendaba a los países miembros que tuviesen en cuenta varios principios «en su política nacional de ordenación de las aguas y, a ser posible, en la internacional». El primero de dichos principios es el siguiente:

1 Los recursos hídricos, tanto superficiales (lagos, ríos, estuarios y aguas costeras) como subterráneos, deben ser objeto de planes a largo plazo de ordenación de las aguas, con el fin de aplicar un criterio integrado que contemple todos los aspectos pertinentes de la cantidad y calidad del agua, la abstracción y la descarga, el suministro y la protección[60]

La recomendación incluye como anexo un conjunto de notas explicativas, la primera de las cuales dice en parte lo siguiente:

1 Las aguas subterráneas y superficiales constituyen un sistema hidrológico estrechamente interrelacionado, que debería administrarse como una unidad, con el fin de prevenir la contaminación incontrolada y el agotamiento de estos recursos En particular, todos los aspectos cuantitativos y cualitativos, y las actividades de abstracción y descarga, son tan interdependientes que deberían ser objeto de una ordenación integrada y no ser disociados, así, siempre que sea posible, deberían estar bajo la dependencia de la misma autoridad y plenamente coordinados[61]

31. Por último, la ILA incluyó en sus Reglas de Seúl[62] de 1986 un artículo (art. 4), que insta a los Estados a gestionar las aguas subterráneas y superficiales de manera integrada[63]. Esta disposición es una consecuencia lógica del enfoque global adoptado por la ILA en sus Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales[64], aprobadas en 1966. El comentario de dichas Normas contiene los siguientes pasajes, que explican por qué es necesario que el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales abarque todo el sistema hídrico:

La cuestión ya no se limita al tramo navegable del río internacional, sino que abarca, antes bien, la totalidad de las aguas comprendidas en el sistema [ ]

---

[52] *Ibid*, pág 80

[53] *Seminario de Granada sobre las aguas subterráneas*, Informe del Seminario conjunto FAO/PNUD/Gobierno de España sobre el papel de las aguas subterráneas en la utilización óptima de los recursos hidráulicos, Granada (España), 1971, pág 16

[54] Déclaration de principe de la CEE sur la prévention de la pollution des eaux, y compris la pollution transfrontière, et sur la lutte contre cette pollution, adoptada en el 35 ° período de sesiones de la CEPE (1980) en la decisión B (XXXV), reimpresa en CEE, *Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau*, documento ECE/ ENVWA/2, 1988, pág 5

[55] *Ibid*, decisión D (XXXVII), pág 11

[56] *Ibid*, decisión C (XXXIX), pág 16

[57] *Ibid*, principio 3, págs 19 y 20

[58] Publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta F.89 II E 21, pág 2

[59] Recomendación adoptada el 5 de abril de 1978, C (78) 4 (Final), reimpresa en OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág 54

[60] *Ibid*

[61] *Ibid*, pág 56

[62] Véanse párrs 46 y 47 *infra*

[63] El artículo 4 es del tenor siguiente

«Artículo 4 —Ordenacion de las aguas subterráneas y aguas superficiales

»Los Estados de la cuenca deberían considerar la posibilidad de una ordenación integrada de sus aguas subterráneas internacionales, que comprenda el uso conjunto con las aguas superficiales, siempre que lo solicite uno cualquiera de ellos »

[ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), pág 272]

[64] ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki 1966*, Londres, 1967, págs 484 y ss (en adelante citadas como «Normas de Helsinki»)

La cuenca de drenaje es una unidad hidrológica indivisible, que exige una consideración global a los efectos de la utilización y el aprovechamiento máximos de una parte cualquiera de sus aguas[65].

32. Quizá con la ayuda de reuniones y proyectos como los citados, los Estados incluyen cada vez con mayor frecuencia las aguas subterráneas en el ámbito de sus acuerdos relativos a cursos de agua internacionales. Ejemplos de estos acuerdos se mencionarán en la sección *e infra*.

e. *Las aguas subterráneas en la práctica de los Estados*

33. En esta sección se examinarán, en primer lugar, ejemplos de acuerdos internacionales relativos a las aguas subterráneas. Se estudiará después brevemente en ella un caso relativo a las aguas subterráneas resuelto de conformidad con principios de derecho internacional.

i. Acuerdos internacionales[66]

34. Quizás porque las características y la extensión de las aguas subterráneas se han comprendido escasamente hasta hace muy poco, esa parte integral de los sistemas de cursos de agua se ha dejado con frecuencia de lado en la práctica en materia de tratados relacionados con los recursos de agua dulce internacionales que siguen los Estados. Sin embargo, varios acuerdos internacionales se refieren a las aguas subterráneas, o por los menos las incluyen en su ámbito de aplicación. Existe un estudio que abarca una recopilación de tratados relativos a las aguas subterráneas internacionales[67] que los clasifica en las siguientes categorías: acuerdos internacionales relativos al uso de pozos y manantiales en las zonas fronterizas; acuerdos sobre aguas fronterizas que protegen indirectamente a las aguas subterráneas; acuerdos generales que incluyen expresamente a las aguas subterráneas en su ámbito de aplicación (cinco acuerdos); y acuerdos en los cuales se reconocen los efectos del aprovechamiento de las aguas superficiales respecto de las aguas subterráneas, y del aprovechamiento de las aguas subterráneas respecto de las aguas superficiales (diez acuerdos). Puede resultar sorprendente comprobar que algunos de esos tratados se remontan a principios del presente siglo.

35. Yugoslavia es parte en diversos acuerdos (concertados con Albania, Bulgaria y Hungría, respectivamente) que se aplican a «todas las cuestiones económicas relacionadas con el agua, a las medidas y obras sobre cursos de agua que configuren la frontera del Estado y a los cursos de agua y sistemas de cursos de agua que la frontera del Estado atraviese», y en especial a «cuestiones relativas a las aguas subterráneas»[68]. En los acuerdos suscritos por Yugoslavia con Albania y Hungría se define la expresión «sistema de cursos de agua» como «todos los cursos de agua (sean superficiales o subterráneos, naturales o artificiales) y las instalaciones, medidas y obras que puedan afectar a los cursos de agua desde el punto de vista de la economía hídrica, así como las instalaciones que constituyen la frontera del Estado o son atravesadas por ella» (art. 1, párr. 3). De manera análoga, el Tratado de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética define a las «aguas fronterizas» diciendo que abarcan a las «aguas subterráneas que la frontera del Estado atraviese» (art. 2, párr. 3) y estipula que las partes deberán cooperar en lo relativo a «la protección de las aguas superficiales y subterráneas respecto de su agotamiento y contaminación» (art. 3, párr. 7)[69].

36. En el párrafo 2 del artículo V del Convenio africano sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, de 1968, se reconoce la importancia de los recursos comunes de agua subterránea:

Cuando los recursos de aguas superficiales o subterráneas sean compartidos por dos o más de los Estados contratantes, estos últimos actuarán en consulta, y de ser necesario, establecerán comisiones estatales para estudiar y resolver los problemas que se deriven de la utilización compartida de dichos recursos, y para su aprovechamiento y conservación también compartidos

37. Los acuíferos son una fuente importante de agua en la árida región fronteriza entre México y los Estados Unidos de América[70]. En un esfuerzo por controlar los efectos perjudiciales que el bombeo cerca de la frontera por parte de un país pueda tener respecto del otro, un acuerdo suscrito en 1973 entre México y los Estados Unidos limita el bombeo de aguas subterráneas a 160.000 acres-pies (197.558 metros cúbicos) anuales a una distancia de cinco millas (equivalente a ocho kilómetros) de cada lado de la frontera entre Arizona y Sonora[71]. En el acuerdo se estipula además que los dos países deberán consultarse recíprocamente «antes de iniciar cualquier nuevo aprovechamiento, sea de los recursos de aguas superficiales o subterráneos... en su propio territorio, en la zona fronteriza, que pudieran tener efectos perjudiciales respecto del otro país»[72].

---

[65] *Ibid*, art II, comentario *a*, pág 485

[66] Véanse en general la recopilación de tratados relativos a las aguas subterráneas en L A Teclaff y A E Utton, *International Groundwater Law*, Nueva York, Oceana Publications, 1981, pág 189, el estudio analítico de disposiciones de los tratados referentes a las aguas subterráneas en J Barberis, *op cit*, págs 20 y ss ; y la sección sobre la práctica de los Estados relativa a las aguas subterráneas transfronterizas en el estudio de la Secretaría (nota 28 supra), págs 12 a 16

[67] *International Groundwater Law*, *op cit*, págs 193 y ss.

[68] La cita ha sido tomada del acuerdo suscrito por Hungría y Yugoslavia el 8 de agosto de 1955 (art 1, párr 2, apartado *g*); en los demás acuerdos mencionados la formulación es análoga Por ejemplo, el acuerdo entre Bulgaria y Yugoslavia de 4 de abril de 1958 hace referencia «al estudio y la utilización de las aguas subterráneas» (art 1, párr. 2, apartado *f*)

[69] Véanse también la Convención de 1972 entre Italia y Suiza relativa a la protección de las aguas fronterizas respecto de la contaminación, en la cual se prevé la creación de una comisión mixta encargada de investigar la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, y el Acuerdo de los ríos fronterizos, suscrito el 16 de septiembre de 1971 entre Finlandia y Suecia, cuyas disposiciones serán aplicables, en especial, a las «medidas adoptadas respecto de cualquiera de las corrientes de agua que puedan afectar las condiciones de las aguas subterráneas» (cap 3, art 1) Este último tratado (aunque no la mencionada disposición) se resume en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 346 a 349, documento A/CN 4/274, párrs 307 a 321

[70] Véase una reseña de la literatura relativa a las aguas subterráneas entre México y los Estados Unidos de América en J Barberis, *op cit*, pág 60, nota 74, en la que menciona 15 estudios

[71] Intercambio de notas entre los Estados Unidos de América y México efectuado el 30 de agosto de 1973 en Ciudad de México y Tlatelolco, en el cual se confirma el Acta N ° 242 de la Comisión Internacional de Límites y Aguas, y se establece una solución permanente y definitiva del problema internacional de la salinidad del río Colorado [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 915, pág 203, *United States Treaties and Other International Agreements*, vol 24 (2), 1973, Washinton (D C), *United States Government Printing Office*, 1974, pág 1968]

[72] A W Rovine, *Digest of United States Practice in International Law 1973*, United States Department of State, Washington (D C), 1974, pág 426

38. El asunto que se reseña a continuación en la presente sección incluye afirmaciones relativas precisamente a actos de esa naturaleza que tienen efectos transfronterizos e ilustra la compleja interacción entre las aguas superficiales y subterráneas.

ii. El asunto del *Donauversinkung*

39. En 1927 el Staatsgerichtshof alemán decidió un asunto en el cual los Estados alemanes de Wurtemberg y Prusia entablaron juicio contra el Estado de Baden, en busca de remedio al fenómeno del «hundimiento del Danubio», o sea el *Donauversinkung*[73]. Al decidir el asunto, el Staatsgerichtshof aplicó normas de derecho internacional, al haber determinado que era imposible aplicar el derecho interno de uno de los Estados federales y que no existían disposiciones aplicables de la Constitución alemana[74]. Los hechos del asunto son los siguientes: al salir de la Selva Negra, en sus tramos superiores el Danubio pasa por las montañas del Jura de Suabia entre Baden y Wurtemberg, Estado que se encuentra río abajo respecto del primero. Mientras atraviesa el Estado de Baden, el Danubio

> [...] pierde durante ciertos períodos del año una parte considerable de sus aguas, debido a que éstas se hunden bajo el lecho del río y fluyen hacia los niveles inferiores del Lago de Constanza y del Rin El motivo de esta pérdida de agua .. es la composición geológica de las márgenes y el lecho del río Ellos se componen de greda, a través de cuyas grietas y poros las aguas del Danubio en ese tramo fluyen hacia el sur por pasajes subterráneos para emerger finalmente como fuente del río Aach en Baden[75].

En términos hidrológicos, la corriente del Danubio hacia el acuífero se calificaría de corriente «afluente», o de infiltración, y la del acuífero hacia el Aach de corriente «efluente»[76]. Como surge claramente del citado pasaje, la infiltración de las aguas del Danubio tenía lugar en Baden, y ellas reaparecían en el mismo Estado, pero fluían hacia una cuenca hidrográfica diferente, la del río Rin; no regresaban a la cuenca del Danubio. El tribunal describió la fuente del río Aach, formada por las aguas del Danubio, como «una de las más poderosas de Alemania. Como consecuencia de ello, el río Aach, en... su breve curso a través de Baden que termina en el Lago de Constanza, es sumamente rico en aguas que se utilizan abundantemente con fines industriales»[77]. En Wurtemberg, por otra parte, «en un tramo del río que se extiende de 10 a 12 kilómetros, tiene lugar, durante períodos variables, un fenómeno al que se denomina hundimiento total del Danubio, que consiste en que éste se seca completamente. El número de días en que el río quedó seco completamente fue de 309 en 1921, 29 en 1922 y 148 en 1923»[78].

40. Wurtemberg pidió al tribunal que dictase un «mandamiento judicial en el cual se prohíba a Baden que construya y mantenga ciertas [obras]... así como una orden en la cual se den instrucciones a Baden de que permita, mediante la remoción de los obstáculos naturales que se acumulan en el lecho y en las márgenes del río..., que la corriente de agua fluya libremente». Por su parte, Baden solicitó que se dictase un mandamiento por el cual se prohibiese a Wurtemberg que construyera y mantuviera ciertas obras presuntamente destinadas a impedir que las aguas del Danubio fluyesen naturalmente hacia el Aach. Prusia, que se encontraba entonces aguas abajo de Wurtemberg y se veía también perjudicada por la pérdida de aguas del Danubio, terció en el juicio coadyuvando con Wurtemberg.

41. El tribunal decidió que «Baden debe abstenerse de provocar un aumento del hundimiento natural de las aguas del Danubio debido a: *a*) las obras... erigidas artificialmente... y *b*) la acumulación de arena y grava en el lecho del Danubio..., pero no está obligado a asumir la responsabilidad de hacer mejoras permanentes en el lecho del río»[79]; y que Wurtemberg quedaba obligado a abstenerse de provocar una disminución del hundimiento natural de las aguas del Danubio debida a ciertas obras y al embalsamiento artificial de las vías de hundimiento.

42. En su decisión, el tribunal formuló varias declaraciones interesantes acerca de los principios jurídicos pertinentes y de la forma en que resultaban aplicables al asunto que tenía ante sí:

> C *La norma de derecho internacional relativa a la utilización de la corriente de ríos internacionales La obligación de abstenerse de interferencias perjudiciales* [ ] El ejercicio del derecho soberano de cada Estado respecto de los ríos internacionales que atraviesan su territorio está limitado por la obligación de no perjudicar los intereses de otros miembros de la comunidad internacional [ ] Ningún Estado puede menoscabar de manera sustancial la utilización natural que su vecino pueda hacer de la corriente de ese río Dicho principio se reconoce cada vez con mayor firmeza en las relaciones internacionales. [.] La aplicación del principio se rige por las circunstancias de cada caso particular Los intereses de los Estados de que se trate deben sopesarse de manera equitativa [ ]
>
> D *La obligación de realizar actos positivos.* El principio antes mencionado simplemente prohíbe que se altere de manera artificial la corriente del río Se sigue de ello que todos los Estados deben aceptar la corriente natural de las aguas pese a sus consecuencias. Salvo que exista una obligación contractual expresa, ningún Estado está obligado a interferir, en favor de otro Estado, en la corriente natural de agua ... El hundimiento del Danubio es un fenómeno natural, aunque raro, y Wurtemberg y Prusia deben aceptarlo No pueden exigir a Baden que tape las grietas que absorben las aguas del Danubio Tampoco está obligado Baden a contrarrestar la bajada de las aguas del Danubio que se debe a la expansión natural y al acrecentamiento de las márgenes Sólo dentro de ciertos límites estrictamente definidos está obligado Baden a actuar de manera positiva

[73] *Streitsache des Landes Wurttemberg und des Landes Preussen gegen des Land Baden, betreffend die Donauversinkung, Staatsgerichtshof* alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, vol 116, apéndice, págs 18 y ss El informe relativo al asunto en el que se basa el análisis que sigue figura en *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928*, A McNair y H Lauterpacht, eds , Londres, Longmans, 1931, pág 128 El asunto es examinado por Lederle, «Die Donauversinkung», *Annalen des Deutschen Reichs, 1917*, Munich, 1917, pág 693 Véase también el análisis del asunto en J. Barberis, *op cit* , págs 40 y 41

[74] El tribunal dictaminó que «[l]os miembros de la Federación [Alemana] han mantenido, a reserva de limitaciones considerables, su posición de Estados independientes [E]n asuntos sujetos a la legislación del Estado pueden concertar, a reserva de la confirmación del Reich, tratados con Potencias extranjeras Por consiguiente, en la medida en que dichos Estados actúen como comunidades independientes, es decir, en asuntos reservados a su exclusiva competencia, sus relaciones se rigen por el derecho internacional » [*Annual Digest* (nota 73 *supra*), pág 130] En la actualidad los Estados de Baden y Wurtemberg se han unido para formar el *Land* de Baden-Wurtemberg

[75] *Ibid* , pág 128

[76] R Ward, *op cit* , pág 194

[77] *Annual Digest* (nota 73 *supra*), págs 128 y 129

[78] *Ibid* , pág 129

[79] *Ibid*

El principio de que un Estado no está obligado a regular, en provecho de otro Estado, los fenómenos naturales que afecten a un río internacional está sujeto a una limitación fundada en la práctica moderna de los Estados respecto de los ríos Estos, incluidos los no navegables, ya no son en la actualidad simplemente el producto de fuerzas naturales Sus riberas están habitadas, y redunda en beneficio de los habitantes, tanto de las partes altas como bajas de los ríos, que se fortalezcan esas riberas y que la corriente de agua esté sujeta a regulación, no sólo para prever posibles inundaciones, sino como cuestión de política normal. Por lo tanto, aunque un Estado está obligado a abstenerse de alterar la corriente del río en detrimento de sus vecinos, no debe dejar de hacer lo que los Estados civilizados hacen actualmente respecto de sus propios ríos. Si un gobierno no adopta, o incluso prohíbe, medidas que normalmente debería adoptar de conformidad con las normas generalmente reconocidas del derecho y de la política económica, con la intención o el resultado de que los intereses de personas que viven fuera de su territorio se vean perjudicadas a raíz de ello, tal actitud no puede considerarse acorde con la naturaleza de una comunidad de naciones Ello deja de ser una actitud simplemente pasiva y pasa a ser un fomento ilegítimo, mediante actos de omisión, de ciertos sucesos naturales La obligación de cumplir actos positivos se ha reconocido claramente en relación con los requisitos para la navegación de los ríos internacionales. No hay motivo para no aplicarla a las cuestiones relativas a la utilización de la corriente de los ríos con fines industriales[80].

Se observará que los principios jurídicos aplicados por el tribunal están generalmente en consonancia con los contenidos en los proyectos de artículos aprobados hasta el momento, en especial los referentes a la utilización equitativa y a la obligación de no causar daño apreciable. El análisis realizado por el tribunal de la obligación de regular los fenómenos naturales mediante el cumplimiento de actos positivos sobrepasa en cierta medida el artículo propuesto por el Relator Especial sobre regulación de los cursos de agua internacionales (art. 27); no obstante, el análisis resulta instructivo, ya que ejemplifica la manera en que las medidas de regulación pueden beneficiar a los Estados del curso de agua.

43. No todos los acuerdos a los que se hace referencia en la primera parte de esta sección ponen de manifiesto un reconocimiento de la estrecha relación que existe entre las aguas superficiales y las aguas subterráneas como la que se configura en el asunto *Donauversinkung*; sin embargo, demuestran que los Estados han tenido desde hace algún tiempo conciencia de la importancia que tiene la protección de los recursos de aguas subterráneas. En la sección que sigue del informe se examinan los esfuerzos realizados recientemente por grupos de expertos para realzar esa protección.

f. *Proyectos concretamente relacionados con las aguas subterráneas transfronterizas*

44. Varios acuíferos de los que dependen poblaciones humanas son atravesados por fronteras internacionales. Algunos de los más importantes están situados en Africa septentrional, donde a veces se extienden por debajo de hasta cuatro o más Estados[81]. Ese hecho, junto con la interrelación entre las aguas superficiales y subterráneas antes examinada, ha hecho que varias organizaciones y grupos de expertos preparasen proyectos de normas o acuerdos relativos a aguas subterráneas internacionales o transfronterizas. Para decirlo con las palabras de R. D. Hayton, Relator de las actividades de la ILA en esta esfera:

La crisis de las aguas subterráneas, que se intensifica día a día, las consecuencias jurídicas de las interacciones entre las aguas superficiales y subterráneas y las características de los acuíferos y de sus aguas han impulsado a los Estados en general a prescribir internamente medidas poco usuales y, en el momento actual, a pedir un trato análogo de aquellos acuíferos transfronterizos que ya se encuentran sobrecargados[82].

45. En efecto, las Normas de Helsinki definen la expresión «cuenca hidrográfica internacional» como «demarcada por la línea divisoria del sistema hidrográfico, incluyendo las aguas superficiales y *freáticas** que fluyen hacia una salida común»[83]. Así pues, las aguas subterráneas fueron incluidas expresamente en el ámbito de aplicación de ese importante conjunto de proyectos de normas relativas a los cursos de agua internacionales.

i. Reglas de Seúl

46. Las reglas de Seúl aprobadas por la ILA en 1986[84] constan de cuatro artículos. Dichos artículos se refieren concretamente a los acuíferos atravesados por fronteras internacionales (art. 1)[85], ya que ellos, de conformidad con el artículo II de las Normas de Helsinki, no estarían comprendidos a menos que constituyeran parte de un sistema de aguas, «incluyendo las ... aguas ... superficiales»[86]. Los artículos estipulan que los Estados en cuyos

[80] *Ibid*, págs 131 y 132

[81] Algunos ejemplos son el acuífero en la arenisca de Nubia, situado debajo de partes del Chad, Egipto, Libia y el Sudán; el acuífero de la cuenca del Sáhara septentrional que comparten Argelia, Túnez y Libia, el acuífero del Chad, que se extiende debajo de partes del Chad, Níger, el Sudán, la República Centroafricana, Nigeria y el Camerún, y la cuenca del Maestrichian, que comparten el Senegal, Gambia, Guinea-Bissau y Mauritania Véanse el estudio de la Secretaría (nota 28 *supra*), pág 10, en el que se cita a Caponera y Alhéritière, «Principles for international groundwater law», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M), vol 18, 1978, págs. 590 y ss , A E. Utton, «The development of international ground water law», *ibid*, vol 22, 1982, págs 100 y ss , y Naciones Unidas, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, *Transnational Project on the Major Regional Aquifer in North-East Africa, Egypt and the Sudan, Project findings and recommendations*, documento DP/UN/RAB-82-013/1, pág 7

[82] ILA, informe de Seúl (véase nota 29 *supra*), pág 244 Hayton explicó al Relator Especial que las palabras «poco usuales» que aquí se emplean se refieren al hecho de que todavía es relativamente poco habitual que los Estados reconozcan la interdependencia de las aguas superficiales y subterráneas y las características especiales de las aguas subterráneas y los acuíferos

[83] Artículo II, pág 484 (véase nota 64 *supra*)

[84] ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), págs 251 y ss

[85] El artículo 1 de las Reglas de Seúl establece lo siguiente

*«Artículo 1 —Las aguas de los acuíferos internacionales**

»Las aguas de un acuífero atravesado por la frontera entre dos o más Estados constituyen aguas subterráneas internacionales, y dicho acuífero con sus aguas forma una cuenca hidrográfica internacional o parte de ella Tales Estados son Estados de la cuenca en el sentido empleado en las Normas de Helsinki, ya sea que el acuífero y sus aguas formen o no, junto con las aguas superficiales, parte de un sistema hidráulico que fluya hacia una salida común

»* El vocablo "acuífero" en el sentido aquí empleado abarca todos los estratos que encierren aguas subterraneas capaces de producir una corriente viable, aun cuando en otros instrumentos o contextos se los denomine de otra manera por ejemplo "embalse de aguas subterraneas" "cuenca de captación de aguas subterraneas", etc incluidas las aguas que existen en formaciones rocosas fisuradas o fracturadas y en las estructuras que contienen aguas profundas de las denominadas "aguas fosilizadas" » (*Ibid*, pág 251)

[86] Véase nota 83 *supra* Por lo tanto, las Reglas de Seúl hacen aplicables las Normas de Helsinki a los acuíferos que no están relacionados con aguas superficiales internacionales de gran importancia y establecen reglas especiales relativas a las aguas subterráneas internacionales, esten o no relacionadas con aguas superficiales

territorios estén situadas esas aguas subterráneas son «Estados de la cuenca hidrográfica» en el sentido de las Normas de Helsinki (art. 1). A la luz de su influencia directa sobre la decisión que actualmente tiene ante sí la Comisión, quizás merezca destacarse que al incluir a los Estados que comparten un acuífero internacional en el significado de la expresión «Estados de la cuenca hidrográfica», esa disposición básica hace aplicables las Normas de Helsinki a la utilización de las aguas subterráneas internacionales; y representa con ello la opinión ponderada de la ILA y de su comité de especialistas en derecho de los recursos de agua internacionales de que las reglas que rigen las aguas superficiales son aplicables no sólo a todo el *sistema* de aguas, incluidas las subterráneas —principio fundamental que informa las Normas de Helsinki[87]—, sino también a aquellas aguas subterráneas que no «formen, junto con las aguas superficiales, parte de un sistema hidráulico que fluya hacia una salida común»[88]. Ello prestaría apoyo a la posición de que las aguas subterráneas deben incluirse en los proyectos de artículos de la Comisión, estén o no relacionadas con las aguas superficiales.

47. Un ejemplo ulterior de interés especial en las aguas subterráneas internacionales son las disposiciones de las Reglas de Seúl, algunas de las cuales han sido mencionadas anteriormente en el presente informe, que se refieren a la interdependencia hidráulica (art. 2)[89], la protección de las aguas subterráneas (art. 3)[90] y la ordenación de las aguas subterráneas y superficiales (art. 4)[91].

[87] Véanse las notas 64 y 83 *supra*.

[88] Véanse el artículo 1 (nota 85 *supra*) y el párrafo 2 del artículo 2 (nota 89 *infra*) de las Reglas de Seúl.

[89] El artículo 2 estipula lo siguiente

«*Artículo 2.—Interdependencia hidráulica*

»1. Un acuífero que aporta aguas a las aguas superficiales de una cuenca hidrográfica internacional o recibe aguas de ella, forma parte de esa cuenca hidrográfica internacional a los efectos de las Normas de Helsinki.

»2. Un acuífero atravesado por la frontera entre dos o más Estados que no aporte aguas a las aguas superficiales de una cuenca hidrográfica internacional ni las reciba de ella constituye una cuenca hidrográfica internacional a los efectos de las Normas de Helsinki.» [ILA, informe de Seúl (nota 29 *supra*), pág 259]

[90] El artículo 3 estipula lo siguiente:

«*Artículo 3.—Protección de las aguas subterráneas*

»1. Los Estados de la cuenca hidrográfica deberán evitar o reducir la contaminación de las aguas subterráneas internacionales de conformidad con el derecho internacional aplicable a la contaminación existente, nueva, aumentada y altamente peligrosa Se tendrán especialmente en cuenta los efectos a largo plazo de la contaminación de las aguas subterráneas.

»2. Los Estados de la cuenca hidrográfica deberán consultar e intercambiar la información y los datos pertinentes de que dispongan, a solicitud de cualquiera de ellos, con el fin:

»*a*) de evitar la degradación de las aguas subterráneas de la cuenca y de impedir que se cause perjuicio a la estructura geológica de los acuíferos, incluidas las zonas de recarga,

»*b*) de considerar la aplicación, conjunta o paralela, de estándares de calidad y medidas de protección ambiental a las aguas subterráneas internacionales y sus acuíferos.

»3. Los Estados de la cuenca hidrográfica deberán cooperar, a solicitud de cualquiera de ellos, con el fin de reunir y analizar las informaciones y los datos adicionales que sean necesarios en relación con las aguas subterráneas internacionales o sus acuíferos.» (*Ibid.*, pág. 268)

[91] Véase nota 63 *supra*.

ii. Proyecto de Bellagio

48. Otro esfuerzo importante para formular normas jurídicas relativas a la utilización, protección y ordenación de los recursos de aguas subterráneas internacionales es el proyecto de acuerdo de Bellagio relativo a la utilización de aguas subterráneas transfronterizas[92]. Preparado por un grupo independiente de expertos internacionales, consiste en un proyecto completo de tratado que abarca 20 artículos y comentarios de apoyo. En el artículo II, titulado «Propósitos generales», se estipula que «[l]as partes reconocen su interés y responsabilidad comunes en cuanto a garantizar el aprovechamiento y la ordenación razonables y equitativos de las aguas subterráneas en la región fronteriza para el bienestar de sus respectivos pueblos» (párr. 1)[93]. En el proyecto se prevé la creación o utilización de una comisión mixta[94] para la puesta en práctica de las disposiciones de los artículos (art. III). Se estipulan asimismo, entre otras cosas, la creación y el mantenimiento de una base de datos (art. V), la protección de la calidad de las aguas (art. VI), el establecimiento de zonas de conservación de las aguas subterráneas transfronterizas (art. VII), la preparación de planes amplios de ordenación (art. VIII), medidas para abordar las emergencias relacionadas con la salud pública (art. IX), la planificación en previsión de las sequías (art. XII), la participación del público (art. XIII), la conciliación de diferencias (art. XV) y la resolución de controversias (art. XVI).

49. El proyecto de Bellagio representa un conjunto importante de normas y mecanismos institucionales propuestos para la utilización racional, la protección y la ordenación de los recursos de aguas subterráneas internacionales. En él se recoge la opinión de un grupo multidisciplinario de especialistas en recursos hídricos[95] de que, para que las aguas subterráneas internacionales puedan ser utilizadas de manera equitativa y razonable por los Estados interesados, es necesario incluirlas en los esfuerzos de planificación y ordenación de los recursos hídricos.

2. UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE «SISTEMA» U OTROS CONCEPTOS AFINES EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

50. El concepto de «sistema de cursos de aguas» no es nuevo. La expresión se ha venido usando desde hace mucho tiempo en convenios internacionales para referirse a un río, sus tributarios y los canales relacionados con ellos e incluso se empleó en algunos tratados venerables en el sentido aquí propuesto, a saber, como el conjunto total de los componentes hidrológicos terrestres que forman una unidad.

[92] Hayton y Utton, *loc. cit*

[93] *Ibid.*, pág 682

[94] En el proyecto se afirma que, si existiera ya una comisión mixta, sus «facultades y funciones podrían ampliarse fácilmente para que esté en condiciones de abordar la responsabilidad aumentada que entrañan las aguas subterráneas transnacionales». (Comentario 1 al artículo III) (*Ibid.*, págs. 684 y 685)

[95] La lista de los participantes en la preparación del proyecto o de formulaciones anteriores del mismo figura en Hayton y Utton, *loc. cit.*, pág 666, nota 2

51. El Tratado de Versalles contiene varias referencias a los «sistemas fluviales». Por ejemplo, al declarar «internacionales» a diversos ríos, el Tratado se refiere a «todas las partes navegables de estos sistemas fluviales..., junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados, o bien para poner en comunicación dos sectores naturalmente navegables de un mismo río» (art. 331)[96]. Si bien el artículo citado se refiere a la navegación, no hay duda de que el uso equitativo podrá ser afectado, o de que podría causarse un daño considerable, por medio del mismo sistema de aguas en virtud de su propia interconexión.

52. Disposiciones análogas a las del Tratado de Versalles pueden encontrarse en el Convenio de 1921 en que se fija el estatuto definitivo del Danubio. Dicho Convenio alude en su artículo 1 al «sistema fluvial internacionalizado», que comprende, según el artículo 2, «[l]os canales laterales o las vías fluviales que se puedan construir...».

53. Más recientemente, el Convenio de 1950 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Hungría se refiere en sus artículos 1 y 2 a «los sistemas hídricos de la cuenca fluvial del Tisza». Como ya hemos visto, una serie de tratados celebrados por Yugoslavia (párr. 35 *supra*) a mediados del decenio de 1950, incluyen en su ámbito, entre otras cosas, a los «cursos de agua y sistemas hídricos» y, en particular, «las aguas subterráneas». Ya se ha puesto de relieve más arriba *(ibid.)* la amplia definición de la expresión «sistema hídrico» formulada en dos de estos tratados, la cual comprende todos los cursos de agua (superficiales o subterráneos, naturales o artificiales).

54. El Tratado relativo a las aguas del Indo de 1960 utiliza también el concepto de sistema. En el preámbulo del Tratado las partes declaran su «deseo de utilizar en la forma más completa y satisfactoria las aguas del sistema fluvial del Indo...». El Tratado es aplicable a los ríos designados, sus tributarios y los lagos que los crean (art. 1, párr. 3), y define en forma lata el término «tributario» como sigue:

> El término «tributario» de un río significa todo canal superficial, ya sea de flujo continuo o intermitente, cualquiera que sea su denominación, cuyas aguas siguiendo su curso natural verterían en dicho río, por ejemplo, un tributario, un torrente, un desague natural o artificial, un *nadi*, un *nallah*, un *nai*, un *khad* o un *cho*. El término comprende también a todo subtributario o brazo de un cauce subsidiario, cualquiera que sea su denominación, cuyas aguas, siguiendo su curso natural, afluirían directamente o indirectamente a dicho cauce superficial (art. 1, párr. 2).

55. Entre los tratados más modernos, el Acuerdo sobre el Plan de Acción para la gestión ecológicamente racional de la cuenca común del río Zambezi y el Plan de Acción anexo merecen destacarse por su enfoque global de la ordenación internacional de los recursos hídricos. En el artículo 1, párrafo 1, del Acuerdo, las partes manifiestan adoptar «el Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambezi». Establece también dicho artículo que «la región abarcada por el Plan de Acción del Zambezi incluye a los territorios comprendidos en la cuenca fluvial del Zambezi o relacionados con ella...» (párr. 2). El propio Plan de Acción (párr. 15) declara que su objetivo es la supresión de ciertos problemas que enumera, promoviendo así la elaboración y ejecución de una ordenación ambientalmente racional de los recursos hídricos en todo el sistema fluvial. El Plan contribuirá a que los Estados de la cuenca fluvial introduzcan consideraciones ambientales en la ordenación de los recursos hídricos, incrementando al mismo tiempo el desarrollo sostenible a largo plazo en la cuenca fluvial. A este fin, el Plan enuncia lo que se ha de hacer en materia de evaluación y ordenación ecológicas, legislación ambiental y medidas de apoyo.

56. No debemos terminar este breve estudio sin mencionar otros acuerdos en que se adopta un enfoque relacionado con el concepto de «sistema», a saber, el de cuenca de drenaje. Al referirse a estos tratados, el Relator Especial es consciente de que la Comisión, al comenzar su examen del tema, rechazó el concepto de cuenca de drenaje como base de trabajo. Esta decisión se basó, sin embargo, en la opinión de ciertos gobiernos y miembros de la Comisión de que la cuenca de drenaje no era una base apropiada porque suponía que el proyecto de artículos sería aplicable no sólo a los cursos de agua sino también al resto del territorio. La decisión fue adoptada a pesar de que, como lo demuestran los artículos aprobados hasta ahora, es imposible excluir totalmente del ámbito del proyecto lo que se haga en tierra (excepto en la medida en que no surta efectos, por conducto de un curso de agua internacional, sobre otro Estado del curso)[97].

57. Algunos de los acuerdos a que se ha hecho referencia en esta sección utilizan el concepto de «cuenca fluvial»[98]. Otros ejemplos destacados son el Acta de 1963 relativa a la navegación y la cooperación económica en-

[96] Véase también, por ejemplo, el artículo 362, que hace referencia al «sistema fluvial del Rin» También en el asunto del río *Oder* la CPJI sostuvo que el régimen internacional de dicho río comprendía, con arreglo al Tratado de Versalles, «todas las partes navegables de estos sistemas fluviales... junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados. .» (asunto relativo a la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, sentencia de 10 de septiembre de 1929, *C.P.J.I., serie A, N° 23*) El asunto se examina en *Anuario 1986*, vol II (primera parte), pág. 118, documento A/CN 4/399 y Add 1 y 2, párr 102.

[97] Es claro, por ejemplo, que quedaría comprendido en el ámbito del proyecto de artículos el daño considerable causado al Estado A del curso de agua por desechos vertidos en éste por una instalación situada a orillas del curso de agua en el Estado B El proyecto de artículos (*in fine*, Parte III) se aplicaría también a una instalación semejante proyectada en el Estado A del curso de agua Parece asimismo claro que el proyecto de artículos sería aplicable, por ejemplo, al daño causado al Estado A por una instalación situada no en la orilla del curso de agua internacional en el Estado B sino a una distancia tal de aquélla que los desechos tóxicos vertidos en la tierra por la instalación se abriesen paso hasta el curso de agua, dañando en última instancia al Estado A.

[98] Véanse las citas del Convenio de 1950 entre la Unión Soviética y Hungría y del Acuerdo del Río Zambezi Véanse también, por ejemplo, el Acuerdo de 1970 entre Grecia y Yugoslavia relativo al estudio de la mejora integral de la cuenca del Axios/Vardar, resumido en *Anuario. 1974*, vol II (segunda parte), pág 346, documento A/CN 4/274, párr 305, y el Acuerdo entre la República Federal de Alemania y la Comunidad Europea, por una parte, y la República de Austria, por la otra, sobre cooperación hidroeconómica en la cuenca del Danubio

tre los Estados de la cuenca del Níger[99], la Convención y los Estatutos de 1964 relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad, el Acuerdo de 1977 relativo al establecimiento de la Organización para la gestión y el aprovechamiento de la cuenca del río Kagera, la Convención de 1978 relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Gambia, el Tratado de 1969 sobre la cuenca del Plata y el Tratado de 1961 relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia[100]. Al utilizar el concepto de cuenca fluvial o de drenaje, estos acuerdos tratan los recursos hídricos de una determinada cuenca hidrográfica como un todo unitario a efectos de protección, planificación, ordenación y aprovechamiento. Lo mismo cabe decir del método del sistema de curso de agua internacional.

58. Estos tratados demuestran que la práctica de los Estados reconoce la importancia de tratar a los sistemas de cursos de agua internacionales de manera integral. Algunas organizaciones internacionales y expertos independientes han llegado a conclusiones semejantes, como se señala en la siguiente sección.

3. Utilización del concepto de «sistema» o de conceptos análogos en otros instrumentos, proyectos y estudios internacionales[101]

59. Ya en 1958, la ILA adoptó su resolución de Nueva York, en la que figuraba el siguiente «principio de derecho internacional», directamente pertinente para la cuestión de la definición de «curso de agua internacional»:

> Un sistema de ríos y lagos en una cuenca de drenaje debe ser tratado como un todo integral (y no de modo fragmentario)[102].

Este enfoque fue confirmado en las Normas de Helsinki, que emplean la expresión «sistema hidrográfico» al definir el término «cuenca hidrográfica internacional»[103].

60. El Instituto de Derecho Internacional ha seguido también un planteamiento global en sus proyectos relativos a los cursos de agua internacionales. El artículo 1 de la resolución de Salzburgo de 1961, relativa al uso de las aguas internacionales no marítimas, establece lo siguiente:

> *Artículo 1*
>
> Las presentes reglas y recomendaciones se aplican al uso de las aguas que forman parte de un río o de una cuenca hidrográfica que se encuentra en territorio de dos o más Estados[104]

La expresión «cuenca hidrográfica» puede considerarse equivalente en términos hidrológicos a la de «cuenca de drenaje» o «sistema de cursos de agua». Quizá por influencia de las Normas de Helsinki, la resolución de Atenas del Instituto relativa a la contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional, adoptada en 1979, establece que se aplicará «a los ríos y lagos internacionales y sus cuencas»[105].

61. Otro esfuerzo temprano digno de mención, llevado a cabo por un grupo privado de juristas, es una resolución adoptada en 1957 por la Federación Interamericana de Abogados, en su reunión de Buenos Aires. Dicha resolución comienza con el siguiente párrafo, que define su ámbito:

> [L]os siguientes principios generales forman parte del derecho internacional actual, son aplicables a todo curso de sistema de ríos o lagos (aguas no marítimas) que atraviese o divida los territorios de dos o más Estados, dicho sistema se llamará en adelante «sistema de aguas internacionales»[106].

62. La CEPE ha adoptado diversas declaraciones, decisiones y recomendaciones relativas al uso y protección del agua dulce[107], muchas de las cuales se refieren expresamente a los distintos componentes de un sistema de cursos de agua o emplean el término «cuenca de drenaje». Por ejemplo, la Declaración sobre política de utilización racional del agua, adoptada en 1984, afirma que:

> Al formular y adoptar una política nacional del agua orientada hacia el futuro [...] debe prestarse especial atención a [...] *e*) la utilización coordinada del agua superficial y subterránea, teniendo en cuenta su estrecha interrelación [..][108].

Además, las recomendaciones a los gobiernos de la CEPE sobre planificación a largo plazo de la ordenación del agua instan a que «se considere a la cuenca fluvial la base general para la planificación a largo plazo de la ordenación nacional del agua [...]». Más adelante reconocen que «en el caso de cuencas fluviales transfronterizas, la cooperación activa de los países ribereños es por ello necesaria y útil [...]»[109]. Finalmente, deben mencionarse los trabajos de la CEPE sobre el «enfoque por ecosistemas en la ordenación del agua»[110]. Este planteamiento, que «ha sido estudiado en círculos científicos durante más de una década, ... adopta una perspectiva global de

---

[99] Véase también la Convención por la que se crea la Autoridad de la cuenca del río Níger.

[100] Véase también el Canje de Notas de 1944 relativo a un estudio sobre la utilización de las aguas de la cuenca del río Columbia (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 109, pág 191). Es interesante observar que al menos uno de los Estados a través de cuyo territorio fluye el curso de agua en cuestión ha utilizado el término «sistema» para referirse a los cursos de agua internacionales. Véase «Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909», Memorándum del Departamento de Estado [de los Estados Unidos de América], 85 ° Congreso, segunda sesión, documento N.° 118, Washington (D.C.), 1958, pág. 89

[101] Véase en general McCaffrey, «International organizations and the holistic approach to water problems», en *The International Law of the Hydrologic Cycle [Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol 31, N.° 1, 1991]

[102] ILA, *Report of the Forty-Eighth Conference, New York, 1958*, Londres, 1959, anexo II, pág 99, «Agreed principles of international law», principio 1.

[103] Véanse los términos del artículo II de las Normas de Helsinki (nota 64 *supra*)

[104] *Annuaire de l'Institut de droit international*, Basilea, vol 49, tomo II, 1961, pág 87

[105] *Annuaire de l'Institut de droit international*, Basilea, vol 58, tomo II, 1980, pág 197.

[106] Federación Interamericana de Abogados, *Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957*, Buenos Aires, 1958, 2 vols [reproducida en *Anuario... 1974*, vol II (segunda parte), págs 221 y 222, documento A/5409, párr 1092]

[107] Véase, en general, CEPE, *Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau* (nota 54 *supra*)

[108] *Ibid.*, págs 19 y 20

[109] *Ibid*, pág 49

[110] Véase, por ejemplo, el proyecto de informe revisado elaborado por relatores gubernamentales en una reunión oficiosa celebrada del 5 al 7 de junio de 1989 en Bergen (Noruega), presentado al Grupo de Trabajo de la CEPE sobre problemas del agua, documento ENVWA/WP.3/R 7/Rev 1

la planificación, investigación y ordenación de los recursos hídricos, tomando en cuenta no sólo el mantenimiento de dichos recursos, sino también el medio ambiente en su conjunto»[111].

63. Ya hemos indicado que en numerosas reuniones celebradas con los auspicios de las Naciones Unidas se ha reconocido la necesidad de tener en cuenta la interdependencia de los diversos componentes de los sistemas de cursos de agua en los esfuerzos por lograr la utilización óptima en la cuenca de drenaje[112]. Sin duda una de las sanciones más notorias del enfoque por sistemas en los años recientes por una de tales reuniones es la constituida por las recomendaciones hechas por el grupo de funcionarios gubernamentales y expertos internacionales en la Reunión Interregional sobre la Ordenación de las Cuencas Fluviales y Lacustres, celebrada en Addis Abeba en 1988. Dicha recomendación insta a que:

> Los gobiernos reconozcan que el enfoque por sistemas de la administración de los recursos hídricos 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 hidrológico [, incluyendo] las aguas superficiales [y] las subterráneas [...][113].

Otra recomendación pertinente, complementaria de la que acabamos de citar, insta a que:

> Los gobiernos reconozcan que la cuenca de avenamiento constituye el contexto más útil en el cual lograr la cooperación y el acuerdo entre dos o más Estados de la cuenca para el aprovechamiento integrado, comprendida la aplicación de principios jurídicos que rijan un sistema internacional de recursos hídricos y las interrelaciones entre el agua, otros recursos naturales y los pueblos afectados[114].

64. Las precedentes recomendaciones son sólo las últimas de una serie de manifestaciones hechas por grupos y reuniones auspiciados por las Naciones Unidas. El Grupo de Expertos interdisciplinario designado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1033 (XXXVII) del Consejo Económico y Social, de fecha 14 de agosto de 1964, reconoció que determinadas circunstancias podrán obligar a los Estados a limitar el ámbito territorial de sus acuerdos relativos a los cursos de agua, pero declaró que «cuando se trata de recursos hidráulicos el concepto principal es el "sistema" y no el "territorio"...»[115]. Añaden los expertos que «en el caso de los recursos hidráulicos subterráneos se entiende por lo general que debe tenerse en cuenta el sistema hidrográfico del que forman parte los acuíferos internacionales»[116].

65. También emplea una definición amplia de curso de agua internacional la Directiva Operacional del Banco Mundial relativa a proyectos sobre vías navegables internacionales, según la cual:

> [.] el Banco [..] atribuye la máxima importancia a la celebración de los oportunos acuerdos o pactos entre los ribereños para la utilización eficiente de todo el sistema de vías navegables o de cualquiera de sus partes [. .]
>
> [.]
>
> 2 La presente directiva tiene el siguiente ámbito de aplicación
>
> *a*) clases de vías navegables internacionales
>
> i) río, canal, lago u otra masa semejante de agua que forme una frontera entre dos o más Estados, y todo río o masa de agua superficial que fluya a través de dos o más Estados [...],
>
> ii) todo tributario u otra masa de agua superficial que sea parte o componente de cualquiera de las vías navegables descritas en el apartado i) anterior [ ][117]

La importancia del ámbito de aplicación de la directiva reside en que los párrafos posteriores exigen a los Estados que sometan al Banco un proyecto de financiación que notifiquen la propuesta a los demás Estados ribereños y sigan una serie de procedimientos muy similares a los contenidos en la parte III del proyecto de artículos de la Comisión.

66. Por último, el concepto de «sistema» o conceptos análogos se han venido utilizando desde hace tiempo en diversas obras jurídicas y técnicas. Mencionaremos aquí tan sólo unos cuantos ejemplos representativos. Podemos muy bien empezar por la obra básica de H. A. Smith, quien, enunciando un conjunto de principios aplicables a los usos de dichos ríos, escribió lo siguiente:

> El primer principio es que todo sistema fluvial es naturalmente una unidad física indivisible y como tal debe ser aprovechado de manera que rinda el mayor servicio posible a toda la comunidad humana a la que sirve, esté o no dividida esta comunidad entre dos o más jurisdicciones políticas Constituye una obligación positiva de los gobiernos del sistema contribuir en la medida de su capacidad a promover este aprovechamiento [ ][118]

67. A la misma conclusión llegó otro eminente internacionalista británico, y antiguo miembro de la Comisión, James Brierly:

> Como lo prueban las controversias surgidas en torno a esta materia, la práctica de los Estados parece admitir ahora que todo Estado interesado tiene derecho a que un sistema fluvial sea considerado como un todo y a que sus propios intereses sean sopesados en relación con los de los demás Estados, ningún Estado puede tener la pretensión de utilizar las aguas de manera tal que cause un daño considerable a los intereses de otro o de oponerse a su uso por otro Estado, salvo que éste le cause a él un daño considerable[119]

68. También adopta un enfoque global Johan Lammers en su tratado sobre la contaminación de los cursos de agua internacionales, en el que define, a efectos de su estudio, las «aguas superficiales interiores de una cuenca de drenaje internacional» de la manera siguiente:

> [...] el sistema interconectado de ríos, lagos, canales o pantanos, etc , cuyas aguas tienden a afluir a un punto común y que se extiende al territorio de dos o más Estados El área geográfica que constituye la cuenca de drenaje no sólo está determinada por este sistema interconectado de aguas superficiales interiores, sino también por el agua superficial difusa y la subterránea que fluye hacia el punto común En general, la cuenca de drenaje, también llamada «área receptora» o

---

[111] *Ibid.*, pág 1.

[112] Véase nota 50 *supra*

[113] *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres , op cit*, pág 20

[114] *Ibid*

[115] Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales aspectos institucionales y jurídicos*, Informe del Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales, Recursos naturales/Serie del agua N ° 1 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta: S.75 II A.2), pág 55, párr 143.

[116] *Ibid* , párr 144

[117] *The World Bank Operational Manual*, Operational Directive 7.50, Projects on international waterways, abril 1990

[118] *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, King, 1931, págs 150 y 151

[119] *The Law of Nations*, 5 ª ed , Oxford, Clarendon Press, 1955, pág 204

«cuenca hidrográfica» es el área desde la cual toda precipitación fluye hacia un punto común[120].

69. Quizás sea oportuno terminar esta sección señalando que el término «sistema» se utiliza de manera rutinaria con relación a los cursos de agua en trabajos científicos y técnicos. Por ejemplo, W. C. Walton escribe lo siguiente:

> Todos los sistemas fluviales tienen al parecer básicamente el mismo tipo de organización. El sistema fluvial es dinámico en el sentido de que tiene partes que se mueven y pueden producir acontecimientos y originar cambios. No sólo existe una unidad manifestada en importantes semejanzas entre ríos situados en diferentes ámbitos, sino también una asombrosa organización de los sistemas fluviales[121].

70. La reseña que antecede indica que la idea de un curso de agua como «un sistema hídrico» no es en modo alguno nueva en la literatura científica, técnica y jurídica ni en la práctica de los Estados. El sistema está formado por numerosos componentes interrelacionados, que funcionan como un todo unitario. De este hecho científico debería deducirse lógicamente que las normas jurídicas que rigen las relaciones entre Estados con respecto a los cursos de agua internacionales deberían tener en cuenta esta interrelación de manera de no impedir la aplicación de dichas normas y, con ello, la protección del agua dulce y los derechos de los Estados del curso de agua. Así ocurriría inevitablemente cuando el ámbito del régimen jurídico no tuviera la misma extensión que el de su objeto. Como ilustra gráficamente el diagrama de Kolars (véase anexo, fig. 2), hay muchas maneras en las que el uso del agua para fines distintos del de la navegación en un Estado puede surtir efectos en otro Estado. El proyecto de artículos de la Comisión debería tener en cuenta estas diferentes maneras.

71. La siguiente sección del informe tratará de un último aspecto de la definición de «curso de agua internacional», a saber, si a efectos del proyecto de artículos dicha expresión debería tener carácter «relativo».

4. La noción de «carácter internacional relativo» de un curso de agua

72. El párrafo tercero de la hipótesis provisional aceptada por la Comisión en 1980, y de nuevo en 1987, como base de sus trabajos[122] introducía el concepto novedoso de «carácter internacional relativo» de un curso de agua. Esta ficción jurídica no tuvo su origen en una propuesta del entonces Relator Especial, ni el informe de la Comisión explica su génesis. Hasta donde alcanza el conocimiento del presente Relator Especial, el concepto carece de precedente en la literatura científica y técnica, en la práctica de los Estados y en los estudios, informes o recomendaciones jurídicos. Su finalidad parece haber sido limitar el ámbito del proyecto de artículos excluyendo aquellas «partes de las aguas que se encuentren en un Estado» que «no resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o que no afecten a éstos». Así, por ejemplo, si un determinado componente o parte de un curso de agua situado en un Estado no estuviese afectado por usos del curso de agua internacional en otro Estado, dicho componente o parte no se consideraría, a los efectos del proyecto de artículos, «[incluido] en el sistema del curso de agua internacional».

73. Esta idea tiene un atractivo superficial. Da a entender que libera a secciones o componentes de un sistema internacional de cursos de agua de las restricciones jurídicas impuestas por el proyecto de artículos, pudiendo así parecer que aumenta la libertad de acción de los Estados del curso de agua. Dicha idea adolece, sin embargo, de dos defectos fundamentales que inducen al Relator Especial a instar a la Comisión a que abandone la noción de «carácter internacional relativo» de un curso de agua.

74. El primero de dichos defectos es que esta teoría fluvial de la relatividad está muy próxima a ser incompatible con la realidad hidrológica reconocida en el primer párrafo de la hipótesis, a saber, que los componentes hidrográficos de un sistema de cursos de agua «en virtud de su relación física constituyen un conjunto unitario...». La idea de que algunos usos de una parte de un curso de agua internacional en el Estado A pueden no tener efectos sobre otra parte situada en el Estado B no toma en consideración las relaciones entre las distintas partes y componentes de un sistema de cursos de agua analizadas en el presente informe y, por tanto, a la postre puede contribuir más a originar que a evitar disputas insolubles entre Estados del curso de agua, cuando uno o más de éstos emprenda determinadas actividades confiando en dicha sugerencia. Este efecto de la noción de relatividad no ha escapado a la atención de los miembros de la Comisión. Uno de ellos observaba en 1980 que «el procedimiento adoptado por la mayoría daría lugar a incertidumbres y a dificultades de aplicación, al considerar a los cursos de agua internacionales para algunos usos pero no para otros»[123].

75. El caso del río Flathead, estudiado en el sexto informe[124], constituye un buen ejemplo de la dificultad de saber de antemano si «parte de las aguas que se encuentren en un Estado [resultarían] afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o... [afectarían] a éstos». Como se recordará, en dicho caso los gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos habían pedido a la Comisión Mixta Internacional, creada por el Tratado de 1909 entre ambos países sobre aguas fronterizas, que examinase los efectos de una mina de carbón proyectada en el arroyo Cabin, afluente del río Flathead, sobre la calidad y cantidad del agua transfronteriza, y presentase un informe sobre ellos. En particular, el proyecto preveía que la mina estaría situada en los arroyos Cabin y Howell, 10 kilómetros (6 millas) aguas arriba del punto en que el ramal norte del río Flathead cruza la frontera internacional[125].

---

[120] *Pollution of International Watercourses*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pág. 19.

[121] *The World of Water*, Londres, Weidenfeld y Nicolson, 1970, pág. 212.

[122] Véase párr. 6 *supra*.

[123] Véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 106, párr. 94.

[124] Véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 74 y 75, documento A/CN.4/427 y Add.1, párrs. 60 y 61. Véase también International Joint Commission, *Impacts of a Proposed Coal Mine in the Flathead River Basin*, diciembre de 1988 (citado en adelante como el «informe Flathead»).

[125] Informe Flathead, pág. 19.

76. La Comisión Mixta Internacional constató que las dos corrientes sobre las cuales se establecería la mina constituían un importante desovadero y criadero de peces objeto de pesca deportiva de primera calidad en la cuenca del río Flathead. Observó la Comisión que para llegar a conclusiones acerca de los efectos de la mina sobre las pesquerías en el Canadá y los Estados Unidos serían necesarios, entre otras cosas, datos más completos sobre la interacción entre las aguas subterráneas y superficiales en las proximidades del emplazamiento de la mina:

> La plena comprensión de la intensidad del efecto sobre las poblaciones de peces exige más datos relativos a los flujos de entrada y salida de agua subterránea y de los contaminantes químicos y físicos asociados a ella entre el lecho de la corriente y el emplazamiento de la mina y acerca de las medidas adoptadas para proteger al hábitat de la corriente o mitigar la pérdida en el hábitat productivo[126].

77. La Comisión determinó, no obstante, basándose en las que consideró «pruebas abrumadoras», que tendría lugar «una pérdida considerable en la población de peces como consecuencia de una combinación de los efectos adversos de uno o más de los cambios predichos [...]»[127]. Llegó, por tanto, a la conclusión de que

> [...] se causará inevitablemente un daño a este hábitat [de peces], que estaría situado en medio de un importante yacimiento minero y, en consecuencia, a la pesquería dependiente de dicho hábitat. Es más, las pérdidas serían tales que darían lugar a una reducción en la cantidad y calidad de la actividad de pesca deportiva en los Estados Unidos y producirían un efecto negativo en la infraestructura económica relacionada con ella, ya que las poblaciones de peces afectadas emigran durante una gran parte de sus vidas adultas a aguas de los Estados Unidos.
>
> [...] En este caso [...] no es la contaminación lo que cruza la frontera, sino que la contaminación en un lado de la frontera producirá una pérdida en la pesquería, que se sufrirá al otro lado de aquélla [...] En relación con la presente propuesta, la contaminación que se espera produzca estas consecuencias en la pesquería constituiría, por tanto, una clara violación del artículo IV [del Tratado sobre aguas fronterizas][128].

La Comisión observó que el artículo IV del Tratado sobre aguas fronterizas «no exige que la contaminación misma cruce la frontera, sino más bien que el agua que cruza la frontera no sea contaminada en un país en perjuicio de bienes situados al otro lado»[129].

78. Este caso demuestra que no siempre estará claro con anterioridad, aun para expertos, si un determinado proyecto o uso tendrá efectos transfronterizos negativos. Incluso los datos, reconocidos como incompletos, en que la Comisión Mixta Internacional basó su recomendación fueron el resultado de una evaluación técnica realizada por un grupo de expertos interdisciplinario. No obstante, la incertidumbre misma de los efectos transfronterizos podría haber exceptuado totalmente a la mina del proyecto de artículos, de acuerdo con la idea de que los cursos de agua pueden tener «carácter internacional relativo». Por el contrario, un enfoque «por sistemas» u otro de base hidrológica reconocería que los tributarios (como el arroyo Cabin) de un curso de agua que cruza una frontera (como el río Flathead), así como el agua subterránea que contribuye a éstos, forman parte de la red de aguas que funcionan físicamente como una unidad y, por tanto, ha de ser tratada jurídicamente como una unidad.

79. El segundo defecto inherente a la noción de internacionalidad relativa es potencialmente aún más serio que el primero, ya que podría vaciar de contenido secciones completas del proyecto de artículos. La hipótesis establece en su párrafo tercero lo siguiente:

> Las partes de las aguas que se encuentren en un Estado, en la medida en que no resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o que no afecten a éstos, no se considerarán incluidas en el sistema internacional de cursos de agua.

Comenzando por la parte I del proyecto de artículos, un Estado no sabría si es un «Estado del curso de agua» en el sentido del artículo 3, a menos que se determinase qué partes de las aguas de su territorio están afectadas por usos de las aguas en otro Estado o afectan a éstos. A su vez, ello pondría en duda la aplicabilidad del artículo 4, así como el derecho del Estado a participar en la negociación de un acuerdo relativo a un curso de agua o sistema de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 y a ser parte de tal acuerdo.

80. La aplicabilidad de las fundamentales disposiciones de la parte II del proyecto de artículos resultaría asimismo incierta por las mismas razones. Así sucede con el deber de utilización y participación equitativas y razonables (art. 6), la obligación de no causar daños apreciables (art. 8), la obligación general de cooperación (art. 9) y la de intercambio regular de datos e información (art. 10). Ello es cierto también en relación con las disposiciones de las partes IV (Protección y preservación) y V (Situaciones nocivas y casos de urgencia).

81. Sin embargo, donde la incompatibilidad de la noción de internacionalidad relativa con el proyecto de artículos resulta quizá más evidente es en relación con la parte III (Medidas proyectadas). La finalidad de la parte III es prevenir el daño antes de que suceda y atajar los problemas potenciales en su raíz antes de que se conviertan en disputas serias. Las disposiciones de la parte III entran en juego cuando existan «*posibles** efectos de las medidas proyectadas» (art. 11) o, más concretamente, cuando «las medidas proyectadas ... *puedan causar** un efecto perjudicial apreciable a otros Estados del curso de agua...» (art. 12). No obstante, mientras no se haya producido un efecto *real**, puede ocurrir que el curso de agua no sea «internacional» con arreglo al párrafo 3 de la hipótesis, en cuyo caso resultaría inaplicable la totalidad del proyecto de artículos, incluida la parte III.

82. Este resultado no es, desde luego, el pretendido por la Comisión, pero parece dimanar inevitablemente de la hipótesis. Es comprensible que no haya sido previsto cuando ésta fue redactada, ya que en aquella etapa de su trabajo la Comisión no había examinado la serie de disposiciones que tiene ahora ante sí, ya sean artículos provisionalmente adoptados, ya sean propuestas del Relator Especial.

83. En realidad, hay que pensar que los problemas que movieron a la introducción de la idea de internacionalidad relativa fueron abordados en los artículos cuyo proyecto ya fue adoptado provisionalmente por la Comisión. Es decir que las obligaciones más importantes

[126] *Ibid.*, pág. 7.
[127] *Ibid.*, pág. 8.
[128] *Ibid.*, págs. 8 y 9.
[129] *Ibid.*, pág. 9.

establecidas en el proyecto de artículos (en particular las previstas en los arts. 6, 8, 23 y la parte III) surgirían únicamente en caso de efecto real o potencial sobre otro Estado del curso de agua o sobre el régimen de dicho curso (este último supuesto hace referencia al art. 6). No hay peligro, por tanto, de que el proyecto de artículos se aplique a actividades sin efecto real o potencial sobre otros Estados del curso de agua.

84. El Relator Especial recomienda, en consecuencia, que se abandone esta parte del «andamiaje» del trabajo de la Comisión, la noción de internacionalidad relativa. Recomienda, en todo caso, que el resto sea conservado e incorporado en la estructura final, como se indica en el proyecto de artículo propuesto en la parte final del presente informe. Antes de presentar esta propuesta, el Relator Especial indicará brevemente algunos términos adicionales que podrían incluirse en el artículo relativo a los «términos empleados».

B.—Otros términos que podrían incluirse en el artículo

85. Como recordará la Comisión, los artículos del proyecto adoptados hasta ahora, y otros dos propuestos por el Relator Especial, contienen definiciones que podrían incluirse en un artículo relativo a los «términos empleados». Estas definiciones se relacionan aquí para facilitar la referencia: «Estados del curso de agua» (definidos actualmente en el art. 3), «contaminación» (definida actualmente en el art. 23), «urgencia» (definida actualmente en el art. 27), «regulación» (objeto del artículo 25 del proyecto según la propuesta del quinto informe[130]), y «gestión» (objeto del art. 26 según la propuesta del sexto informe[131]). El proyecto de artículo propuesto más abajo contiene sólo una de estas definiciones, por su estrecha relación con la de «curso de agua internacional». El hecho de que no se incluyan otras definiciones en el artículo propuesto no debería considerarse indicio de que el Relator Especial recomienda su no inclusión. Por el contrario, éste piensa que sería útil agrupar todas las definiciones en un único artículo titulado «términos empleados». Se formula a continuación una propuesta de una parte al menos de este artículo.

C.—Artículo propuesto

Artículo [1] [2][132].—Términos empleados

ALTERNATIVA A

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) Se entiende por sistema de cursos de agua un sistema hídrico formado por componentes hidrográficos, incluidos ríos, lagos, aguas subterráneas y canales, que en virtud de su relación física constituyen un todo unitario.**

***b*) Se entiende por sistema internacional de cursos de agua un sistema de cursos de agua, partes del cual están situadas en diversos Estados[133].**

***c*) Se entiende por Estado del [sistema de] [curso de agua][134] todo Estado en cuyo territorio se encuentra parte del sistema de un curso de agua internacional.**

ALTERNATIVA B

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) Se entiende por curso de agua un sistema de aguas formado por componentes hidrográficos, incluidos ríos, lagos, aguas subterráneas y canales, que en virtud de su relación física constituyen un todo unitario.**

***b*) Se entiende por curso de agua internacional un curso de agua, partes del cual están situadas en diversos Estados[135].**

***c*) Se entiende por Estado del [sistema de] [curso de agua][136] todo Estado en cuyo territorio se encuentra parte de un curso de agua internacional.**

Comentarios

1) Se proponen dos definiciones alternativas de «curso de agua internacional». La alternativa A utiliza el término «sistema internacional de cursos de agua» mientras que la alternativa B utiliza el de «curso de agua internacional». El Relator Especial se inclina por la alternativa A. La ventaja de ésta consiste en que al emplear como término operativo el de «sistema de cursos de agua» (que se utilizaría entonces a lo largo de todo el proyecto de artículos) hace que el lector tenga siempre presente que las aguas de un curso de agua internacional forman un *sistema*. Ello contribuirá a un mayor reconocimiento del hecho de que todos los componentes de los cursos de agua están interrelacionados y, en consecuencia, que es importante tener en cuenta el efecto de los actos realizados en un Estado del curso de agua sobre la situación de todo el sistema del curso. La ventaja de la alternativa B es que comienza con el término contenido en el título del tema («curso de agua») que define como un «sistema de aguas». Por tanto, no repite la palabra «sistema», una de las definidas en la alternativa A.

2) Por último, ambas alternativas comprenden un párrafo *c* que contiene una definición de Estado «del curso de agua» o «del sistema». La expresión «Estado del cur-

[130] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), págs. 131 y 132, documento A/CN.4/421 y Add.1 y 2, párr. 140

[131] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 51 a 55, documento A/CN.4/427 y Add.1.

[132] Que este artículo lleve el número «1» o el «2» depende de la decisión de la Comisión sobre la cuestión de la estructura planteada en el capítulo I del presente informe.

[133] Esta redacción sigue a la del actual artículo 3, que define los «Estados del curso de agua» El Relator Especial recomendaría trasladar el artículo 3 al relativo al empleo de los términos, ubicándolo en el párrafo *c*, como se indica en el texto

[134] El artículo 3, en su forma actual, utiliza la expresión «Estado del curso de agua».

[135] Véase nota 133 *supra*.

[136] Véase nota 134 *supra*

so de agua» está definida actualmente en el artículo 3. Dado que la definición se halla estrechamente relacionada con la de «curso de agua internacional» o «sistema de cursos de agua», el Relator Especial recomendaría su traslado al artículo dedicado a los términos empleados, como se propone más atrás[137].

[137] *Ibid.*

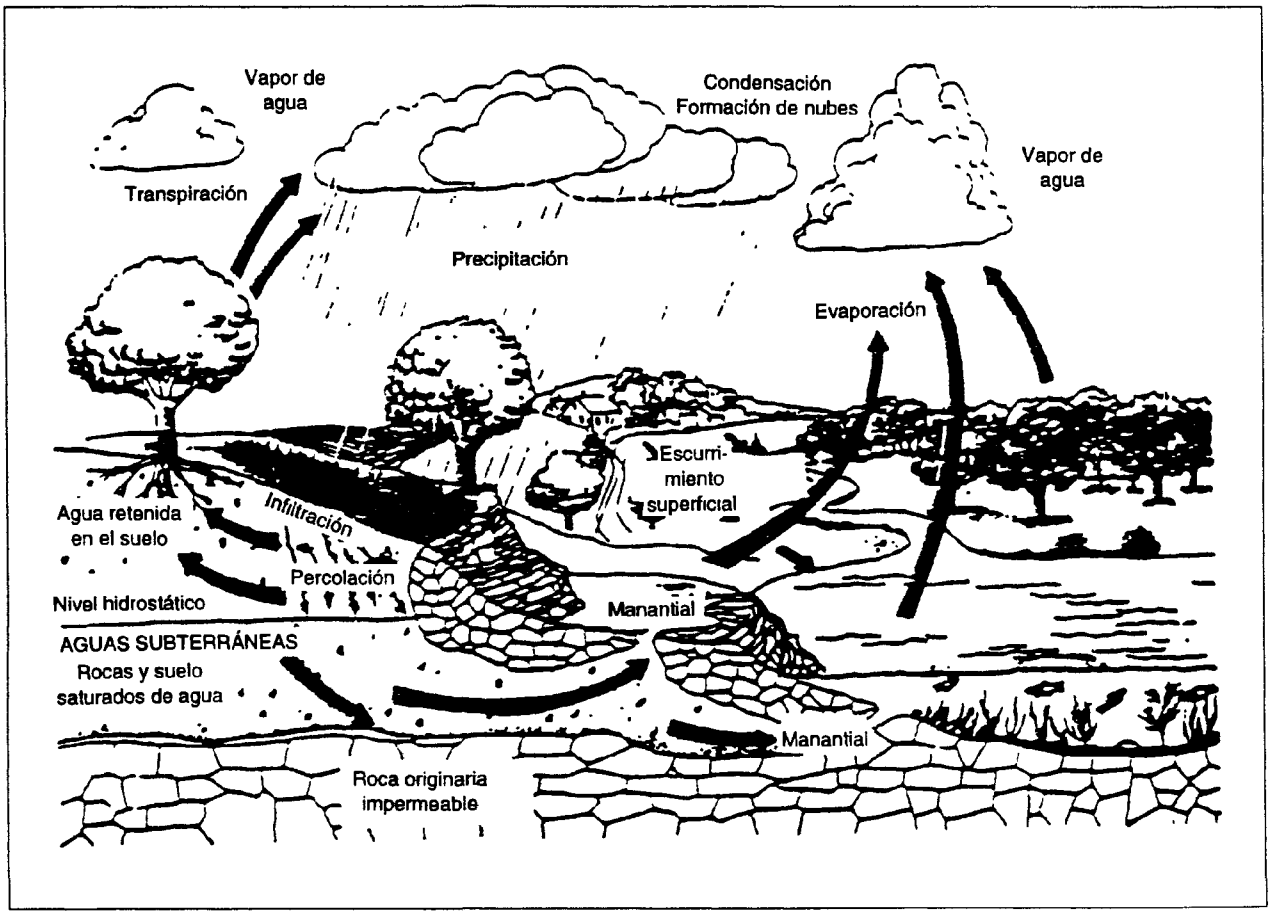
CAPÍTULO III

Conclusión

86. Con el presente informe, el Relator Especial ha concluido la presentación de las disposiciones que, a su juicio, deberían incluirse en el proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

ANEXO

FIGURA 1



Fuente B J Nebel, *Environmental Science The Way The World Works*, 3ª ed , pág 196 [derechos registrados en 1990, reimpresión autorizada por Prentice-Hall, Englewood Cliffs (N J)]

FIGURA 2

Elementos de un sistema hipotético de utilización de los ríos internacionales

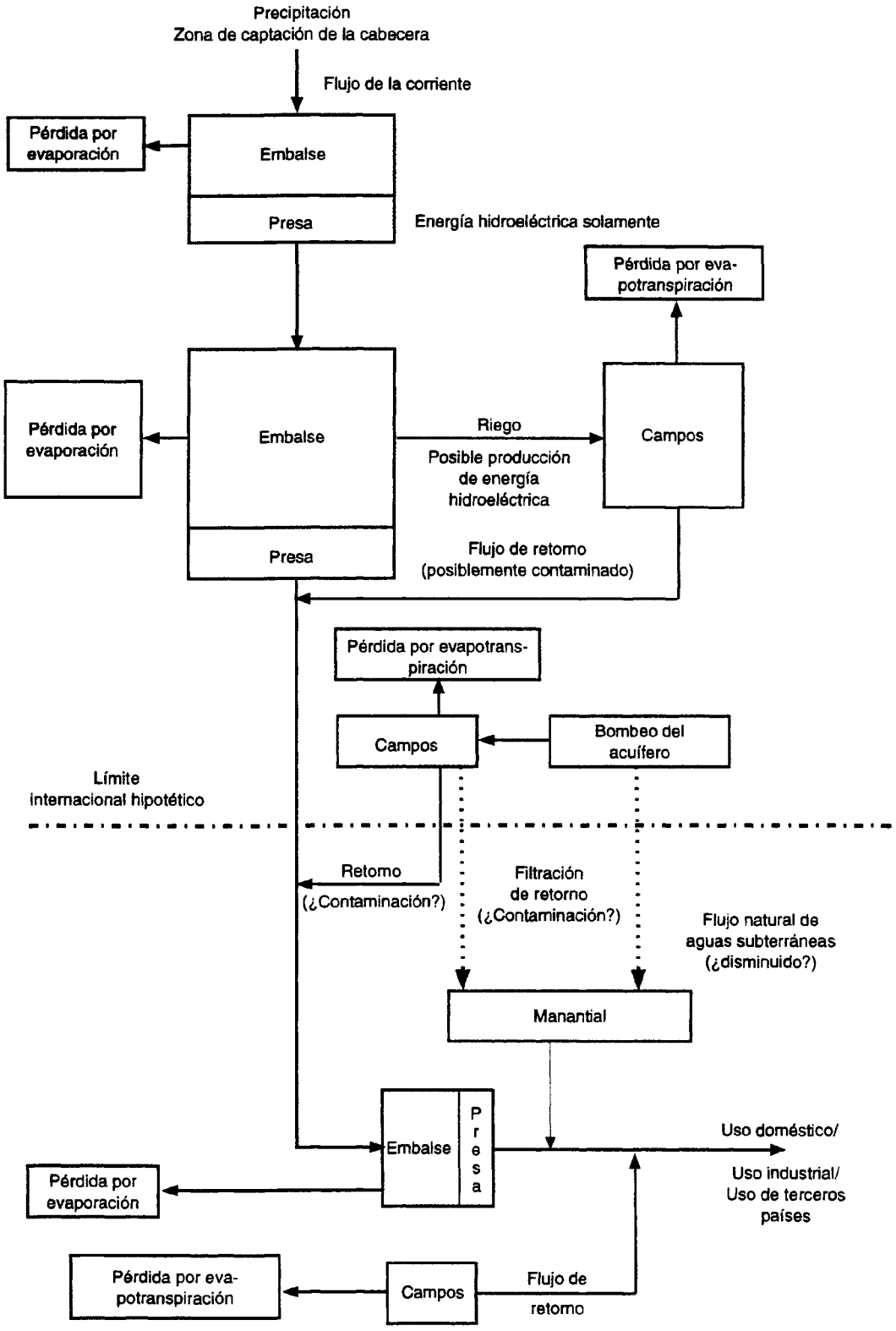
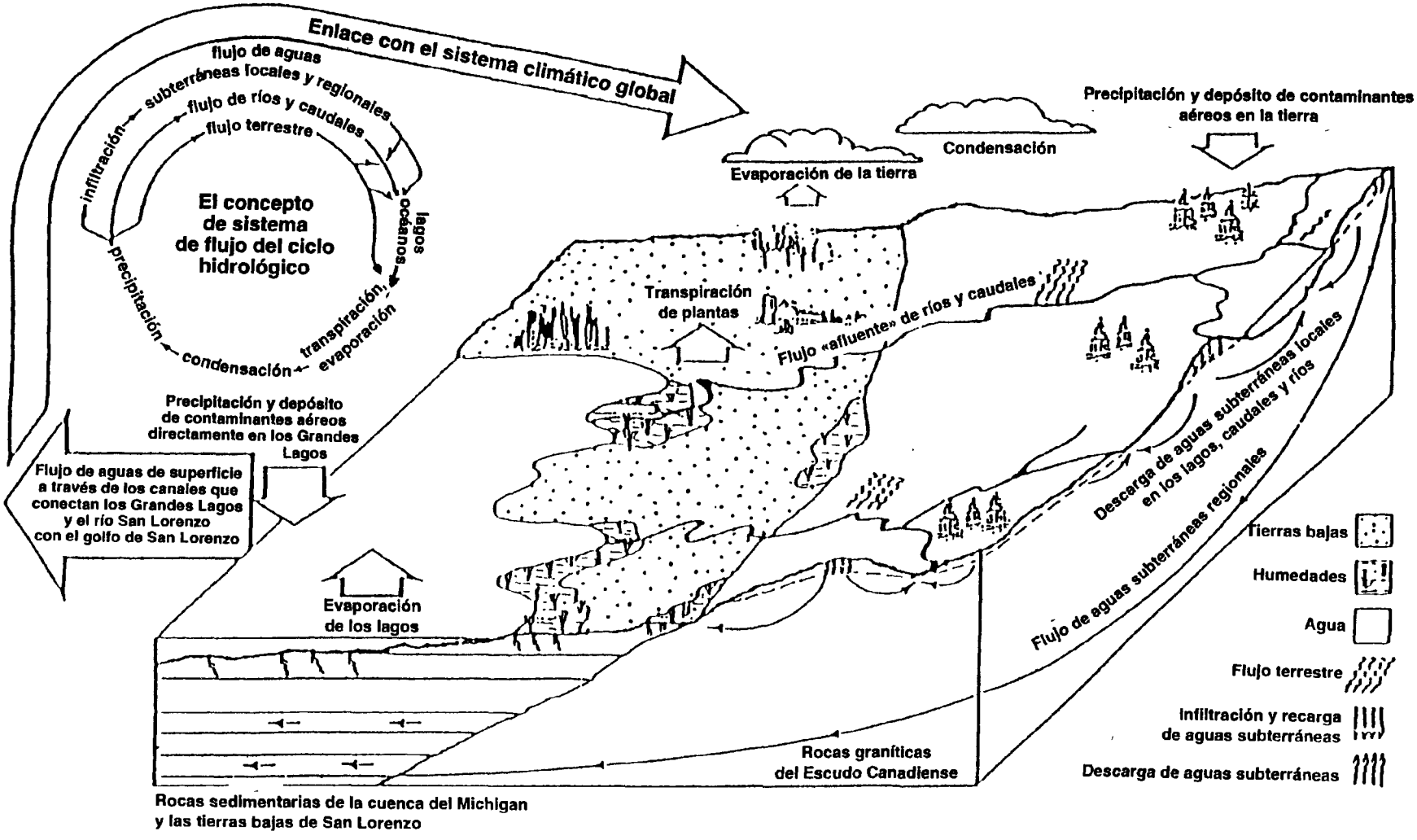


FIGURA 3

El concepto de sistema de flujo del ciclo hidrológico

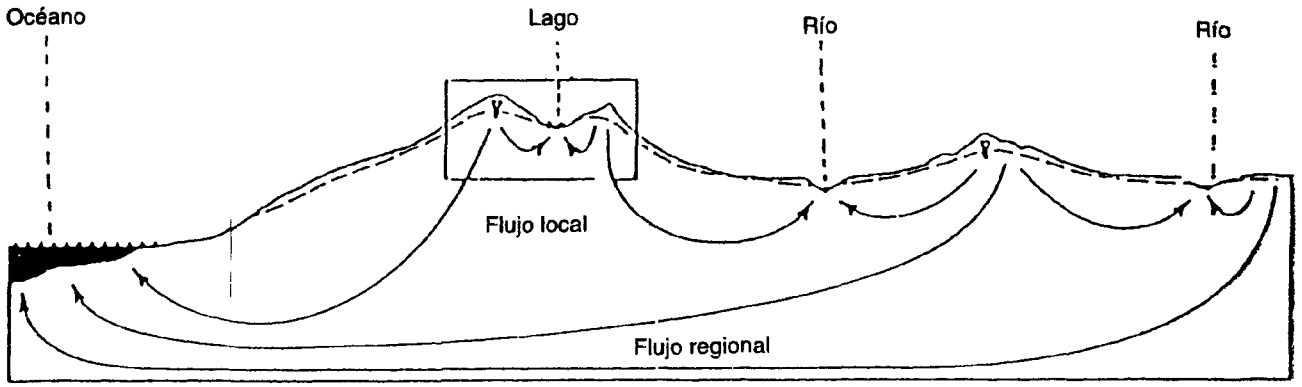


Fuente: T. Colborn, A. Davidson, S. Green, R. Hodge, I. Jackson y R. Liroff, *Great Lakes, Great Legacy?* 76 (1989). Reproducido por autorización del World Wildlife Fund.

FIGURA 4

Características del sistema de flujo

A.—SISTEMAS DE FLUJO LOCALES Y REGIONALES

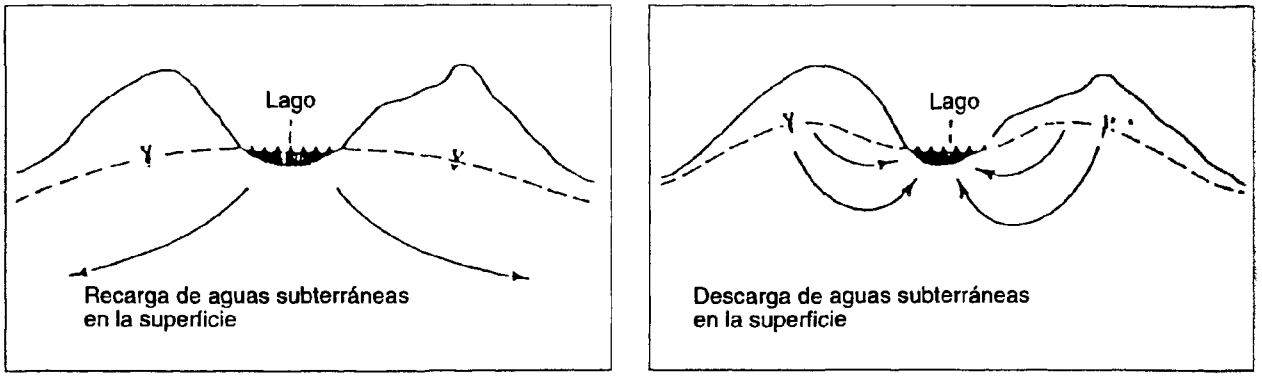


B.—EL VALLE COMO ZONA DE RECARGA

(condiciones a fines del verano, comienzos del otoño)

C.—EL VALLE COMO ZONA DE DESCARGA

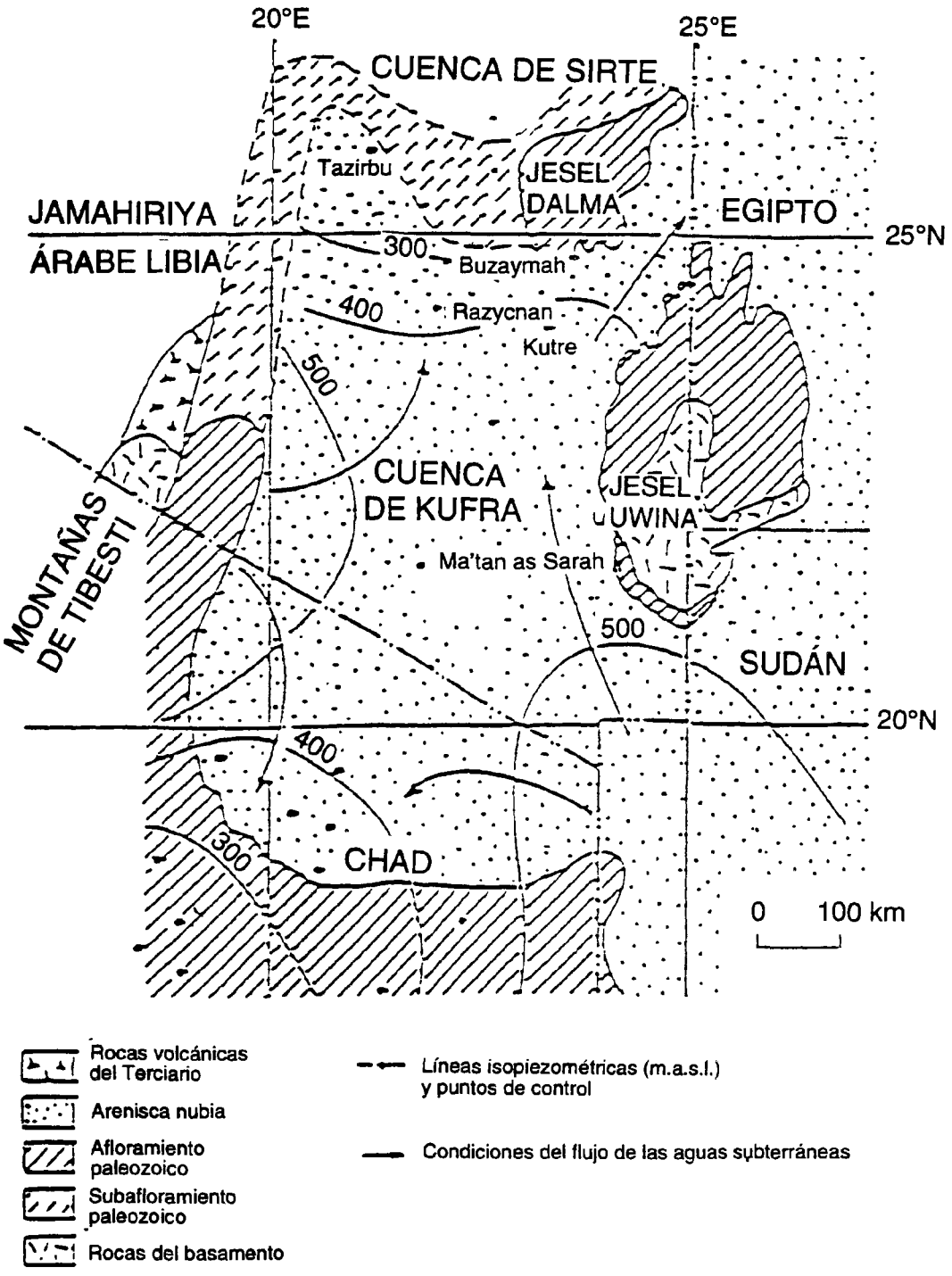
(condiciones a fines del invierno, comienzos de la primavera)



Fuente Provincia de Columbia Británica, *Report of the Roval Commission of Inquiry, Health and Environmental, Protection, Uranium Mining* 1 COMMR'S REP 98 (1980) Reproducido por autorización de la Provincia de Columbia Británica, Ministerio de Energía, Minas y Recursos Petrolíferos, División de Comunicaciones y Asuntos Públicos

FIGURA 5

Distribución de las aguas subterráneas según la altura piezométrica en la Cuenca de Kufra, en Libia



Las fronteras y los nombres que figuran en este mapa no implican apoyo o aceptación oficial por parte de las Naciones Unidas.

Fuente Naciones Unidas, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, *Transnational Project on the Major Regional Aquifer in North-East Africa, Egypt and the Sudan* (Proyecto transnacional relativo al gran acuífero regional de Africa nororiental, Egipto y el Sudán) Informe técnico *Hydrogeology and Economic Potential of the Nubian Sandstone Aquifer* (Hidrogeología y potencial económico del acuífero de arenisca nubia), documento DP/UN/RAB-82-013/2, pág 37 (1989)

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/437*

Séptimo 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]
[16 de abril de 1991]

ÍNDICE

		Párrafos	Página
Nota			74
INTRODUCCIÓN		1-4	75
A.	Metodología del informe	1	75
B.	Naturaleza del instrumento	2-4	75
Capítulo			
I.	EL TÍTULO DEL TEMA	5-7	76
II.	LOS DIEZ PRIMEROS ARTÍCULOS	8-31	77
A.	Disposiciones generales (arts. 1 a 5)	8-16	77
1.	Ambito de aplicación del proyecto (art. 1)	9-13	77
2.	El conocimiento o los medios de conocer (art. 3)	14	78
3.	Los artículos 4 y 5	15-16	79
B.	Los principios (arts. 6 a 10)	17-24	79
1.	El principio fundamental (art. 6)	17	79
2.	La cooperación (art. 7)	18	79
3.	La prevención (art. 8)	19-20	79
4.	La reparación (art. 9)	21-23	80
5.	La no discriminación (art. 10)	24	80
C.	El artículo 2	25-31	81
1.	Las actividades peligrosas (apartados *a* a *d*)	25-29	81
2.	El daño transfronterizo (apartado *g*)	30	82
3.	El daño «apreciable» [significativo] (apartado *h*)	31	82
III.	LA PREVENCIÓN	32-46	83
A.	El procedimiento	32-44	83
1.	Los artículos 11 (párr. 1), 13 y 14	32-40	83
2.	Los artículos 11 (párr. 2), 12 y 15	41-42	85
3.	El equilibrio de intereses (art. 17)	43	86
4.	El umbral de la prohibición (art. 20)	44	86
B.	Naturaleza de las medidas de prevención	45-46	86
1.	El artículo 16	45	86
2.	El artículo 18	46	86

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/437/Corr.1.

Capítulo		Párrafos	Página
IV.	LA RESPONSABILIDAD	47-68	87
A.	La responsabilidad del Estado	47-61	87
1.	El título del capítulo	47	87
2.	El artículo 21	48-56	87
	a) La obligación de negociar	48-49	87
	b) Las modificaciones al artículo 21	50-51	88
	c) Autores no identificables	52-56	88
3.	La participación de organizaciones internacionales (art. 22)	57	89
4.	Reducción de la reparación (art. 23)	58	89
5.	El daño al medio ambiente (art. 24)	59	89
6.	Responsabilidad mancomunada (art. 25)	60	89
7.	Excepciones y prescripción (arts. 26 y 27)	61	89
B.	La responsabilidad civil	62-68	89
1.	Interrelación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado	62-64	89
2.	El «encauzamiento» *(channelling)* de la responsabilidad	65-66	91
3.	Miscelánea	67-68	92

NOTA

Convenciones multilaterales citadas en el presente informe

	Fuente
Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, pág. 288.
Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962)	OIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Colección jurídica N.° 4, ed. rev., Viena, 1976 pág. 93.
Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1063, pág. 299.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	*Ibid.*, vol. 1155, pág. 443.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972)	*Ibid.*, vol. 961, pág. 212.
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 (Londres, 17 de diciembre de 1976)	PNUMA, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie de referencia Nairobi, 1982, pág. 491.
Convención europea sobre la responsabilidad derivada de productos que causen lesiones corporales o la muerte (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.° 91, Estrasburgo, 1977.
Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	*Revue générale de droit international public* (París), 1989, t. 93, pág. 102.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	PNUMA, documento UNEP IG.80/3.
Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carreteras, ferrocarril y buques fluviales (CRTD) [Ginebra, 20 de octubre de 1989]	Publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: F.90.II.E.39.
Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	E/ECE/1250.

Introducción

A.—Metodología del informe

1. En el debate mantenido en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su cuadragésimo quinto período de sesiones, acerca del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones[1], una delegación sugirió la conveniencia de que la Comisión hiciera una apreciación de conjunto de la situación actual del tema, e indicara asimismo la posible dirección que pretendía seguir en el futuro, en lugar de continuar el análisis artículo por artículo (véase A/CN.4/L.456, párr. 450). El Relator Especial encontró que la sugerencia parecía atinada, e intentó seguirla. En el ensayo, sin embargo, se fue modificando en algunos aspectos el método de trabajo sugerido, puesto que pareció también útil detenerse en los artículos que habían sido objeto de comentarios de cierta importancia en los debates mantenidos tanto en la Asamblea General como en la CDI. De ese modo, se podrían señalar los problemas más salientes que se suscitaron, a la par que indicar las posibles soluciones y alternativas, porque aunque es cierto que no hay consenso en cuanto a varios de los aspectos del tema —incluso algunas de las premisas básicas— el Relator Especial cree haber advertido que se perfilan corrientes de opinión mayoritarias que sí coinciden en áreas importantes. No es su misión hacer de árbitro entre divergencias, ni decidir que hay mayorías o minorías entre los que piensan de una u otra manera, sino simplemente intentar ofrecer alternativas para hacer viable una eventual negociación, tal vez en una etapa posterior del desarrollo del tema, particularmente en los aspectos del proyecto que exigen más un desarrollo progresivo que una codificación de lo existente. El Relator Especial piensa que de los debates ha surgido un fuerte llamamiento para que en esta materia se llegue a algún pronunciamiento y también para que no se tarde demasiado en hacerlo, debido al ritmo acelerado de la fijación convencional de normas en desarrollo sobre actividades específicas.

B.—Naturaleza del instrumento

2. En la Sexta Comisión, algunas delegaciones se manifestaron partidarias de no codificar aún el derecho internacional en la materia. En su opinión, sería preferible un código de conducta, o simples directrices *(guidelines)* para los Estados. Muchas otras, en cambio, se expresaron en favor de normas obligatorias. Dentro de esta importante corriente, algunas prefirieron la consideración separada de las actividades de riesgo y de las de efectos nocivos.

3. En cuanto a la obligatoriedad o no de las disposiciones que resulten de los trabajos conjuntos de la CDI y la Sexta Comisión en este tema, el Relator Especial cree oportuno recordar un informe de la CDI sobre la labor realizada en un período de sesiones anterior, en el que ante el parecer expresado por un miembro en el sentido de que, si la Comisión «no se ocupara de la elaboración de normas de un convenio que requiriera la aceptación de los Estados, podría aceptar más fácilmente ciertas hipótesis y ciertos artículos del proyecto»[2], se expresó la creencia del Relator Especial de que la CDI «no debiera ocuparse por el momento de la forma que finalmente revestirían los artículos sobre este tema»[3], como también su convicción de que la forma definitiva de los artículos no debía afectar al método de trabajo de la Comisión.

Opinaba que, fuera cual fuese la naturaleza del proyecto de artículos, se debía poner el mismo cuidado en su elaboración. A su juicio, la Comisión debía tratar de elaborar unos artículos coherentes, razonables, prácticos y políticamente aceptables Los factores o criterios adoptados debían ser científicos, determinables y lógicos, con objeto de mejorar el derecho internacional y las relaciones interestatales. En último termino, las disposiciones relativas a este tema obtendrían apoyo y serían observadas a causa de esos factores, y no necesariamente de la forma en que apareciesen configurados[4]

4. Ese es el criterio que se ha estado siguiendo hasta ahora. Anunciar desde ya que la CDI se ocupará sólo de recomendaciones o de líneas directrices sería desestimar una corriente de opinión favorecida por un gran número de delegaciones en la Sexta Comisión y de miembros en la CDI, que se han manifestado por la necesidad de un instrumento vinculante en este terreno. Al final de este ejercicio, la CDI decidirá qué recomienda a la Asamblea General sobre la naturaleza de los artículos que se propongan, y será por último la Asamblea General la que resolverá al respecto. No parece entonces posible ni conveniente anticiparse a esta instancia.

[1] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte).

[2] Véase *Anuario... 1987*, vol II (segunda parte), párr. 191.

[3] *Ibid.*, párr. 192.

[4] *Ibid*

CAPÍTULO I

El título del tema

5. En inglés, el título permite a la Comisión un mandato aparentemente distinto, y más reducido, que en francés. En efecto, en inglés reza así: «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law». En francés, en cambio, la palabra *actes* es reemplazada por *activités*. Mientras el título inglés sólo permitiría, en rigor, ocuparse de los aspectos relativos a la reparación o indemnización de aquellas consecuencias perjudiciales *(injurious consequences)*, el francés amplía notablemente el panorama. Si nos ocupamos de «actos» y no de «actividades», la prevención no tendría lugar aquí porque la prevención se expresa en obligaciones primarias o, si se quiere, en prohibiciones, y no estaríamos por ende en presencia de actos «no prohibidos por el derecho internacional». Esta ha sido una de las objeciones clásicas entre los críticos del tema en general. Además, el título inglés habla de *liability* por tales consecuencias perjudiciales, lo que quiere decir que se coloca en la hipótesis de que el daño («consecuencia perjudicial») ya ha ocurrido. Sería entonces un desarrollo jurídico de la responsabilidad que suele llamarse «objetiva» o «causal» y en inglés *strict liability*. No obstante, entonces, la repetida indicación que surge de anteriores debates de la Asamblea General como de la CDI en el sentido de que la prevención es un capítulo indispensable del presente tema, ésta no encontraría lugar en una interpretación rigurosa del título inglés.

6. Si, en cambio, el centro de nuestro tema se traslada a las «actividades», el panorama se amplía notablemente. El mandato de la Comisión sería el de intentar una regulación jurídica de ciertas actividades en vista de que su existencia produce, o puede producir, consecuencias perjudiciales. La palabra «responsabilidad» en relación con «actividades» adquiere sus dos significados jurídicos: el que se relaciona con las consecuencias de los hechos tanto como el que toca a la imposición de obligaciones[5]. Se trataría, entonces, frente a las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades, de imponer obligaciones primarias de prevención cuya violación acarrearía ciertas consecuencias jurídicas (obligaciones secundarias), así como de establecer otras obligaciones primarias en las cuales el daño es una condición de la reparación, sin que se deba producir para ello el incumplimiento de obligación alguna. Se podría estar dentro del mandato encomendado a la CDI por la Asamblea General al establecer las normas de prevención, puesto que caerían dentro del concepto de *responsibility*, esto es, de imposición de obligaciones en vista de las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades. Serían ellas principalmente las del capítulo III del proyecto de artículos. Lo relativo a la reparación (cap. IV) caería dentro del palio de *liability*. Acaso el completo alcance del tema en este aspecto podría significarse, en inglés naturalmente, con la expresión que en el derecho internacional de nuestros días ha adquirido considerable aceptación: *responsibility and liability*. Ni en español ni en francés habría inconveniente alguno, porque «responsabilidad» y *responsabilité* cubren los sentidos expresados por las dos voces inglesas referidas.

7. Lo anterior ya ha sido discutido en la CDI[6] y el consenso general fue que «actividades» era preferible a «actos», a partir de lo cual el Relator Especial y la propia CDI han actuado sobre esa presunción. Si la práctica internacional ha de tenerse en cuenta para el desarrollo de un tema en la CDI, es evidente que deberíamos ir a «actividades», puesto que prácticamente todas las convenciones que tratan sobre daños transfronterizos se refieren a las «actividades» que las producen. En ese entonces se acordó, sin embargo, que era preferible postergar la discusión sobre el cambio de título hasta una etapa posterior del desarrollo temático en que pudieran verse con claridad todas las posibles modificaciones que habría que sugerir. Acaso haya llegado el momento de hacerlo.

---

[5] Véase la discusión del tema en el informe preliminar del Relator Especial anterior, Sr. Quentin-Baxter, *Anuario 1980*, vol II (primera parte), págs 262 a 265, documento A/CN.4/334 y Add 1 y 2, particularmente la nota 17, donde se dice, entre otras cosas, al comentar la utilización de los vocablos ingleses *responsibility* y *liability* en el «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

«a) *Responsibility and liability = responsabilités et obligations qui en découlent; liability = obligation de réparer*

»b) *Responsibility and liability = obligation de veiller au respect de la convention et responsabilité en cas de dommages, States are responsible.. = il incombe aux Etats de veiller...; international law relating to responsibility and liability = droit international relatif aux obligations et à la responsabilité concernant l'évaluation et l'indemnisation des dommages* »

Coincide con esta apreciación el segundo informe del presente Relator Especial sobre el mismo tema cuando cita a Goldie, quien al analizar los matices de diferencia entre los vocablos ingleses *responsibility* y *liability* y refiriéndose a los artículos VI y XII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, dice que las dos palabras

«[...] están empleadas con connotaciones distintas En los dos tratados se entiende que *responsibility* denota una obligación o las normas que impone el ordenamiento jurídico para el desempeño de una función en la sociedad, mientras que el término *liability* indica las consecuencias del incumplimiento de la obligación o del de las normas requeridas » [*Anuario 1986*, vol II (primera parte), pág 154, documento A/CN 4/402, párr 4]

Tales son, sin duda, los significados de *responsibility* y *liability*, al menos en la práctica internacional y sin intentar inmiscuirse en el proceloso terreno de los significados de tales términos en el derecho anglosajón

[6] «Varios miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial en el sentido de que en algún momento del estudio de este tema debía proponerse a la Asamblea General el cambio de la palabra "actos" por "actividades", de modo que todas las versiones se alinearan con la francesa en cuanto al título del tema, y nadie se opuso ni a esta opinión ni al razonamiento de fondo del Relator Especial para justificar este cambio » [*Anuario 1986*, vol II (segunda parte), párr 216]

CAPÍTULO II

Los diez primeros artículos

A.—Disposiciones generales (arts. 1 a 5)[7]

8. Los artículos 1 a 5 fueron enviados al Comité de Redacción y, como se explicó en el sexto informe, habrían sufrido modificaciones —en particular el artículo 2[8]— si se hubiera aceptado el concepto de «sustancias peligrosas» que se introdujo, a título enteramente experimental, en ese mismo documento El Relator Especial opina que, de esos textos, el Comité de Redacción debería examinar al menos los relativos a los principios en el 43 ° período de sesiones En el último debate de la Sexta Comisión, varias delegaciones señalaron «a la atención la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, prevista para 1992, y se expresó la esperanza de que los trabajos de la CDI estuvieran para entonces, si no terminados, por lo menos en una fase avanzada, de forma que pudieran presentarse en esa Conferencia» (véase A/CN 4/L 456, párr 439) El Relator Especial estima que acaso la mejor contribución que pudiera hacerse a dicha trascendente reunión internacional sería la elaboración de los principios relativos a la materia En consecuencia, sugiere que el Comité de Redacción examine dichos principios en el actual período de sesiones

1 AMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO (ART 1)

9 El artículo 1, relativo al ámbito de aplicación del proyecto, admite mejoras de redacción según sugeren-

[7] Los artículos 1 a 5 son del tenor siguiente

«Artículo 1 —Ambito de aplicación de los presentes artículos

»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

»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, segun 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],

»*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 estos 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,

»*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 la actividad del artículo 1,

»*j*) "Estado afectado" es aquel bajo cuya jurisdicción o control se produce el daño transfronterizo,

»*k*) "Incidente" es todo evento subito 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 articulo 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

»Articulo 3 —Asignacion de obligaciones

»1 El Estado de origen tendrá las obligaciones que establecen los presentes articulos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del articulo 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 que se refiere el párrafo 1

»Articulo 4 —Relacion entre los presentes articulos y otros convenios internacionales

»Si los Estados Partes en los presentes articulos lo son también de otro convenio internacional relativo a actividades del articulo 1, se aplicarán entre dichos Estados los presentes articulos, sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional

»Articulo 5 —Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional

»Los presentes articulos no perjudican la operación de cualquier otra norma del derecho internacional que establezca responsabilidad por daños transfronterizos resultantes de un hecho ilicito »

[8] *Anuario 1990*, vol II (primera parte) pag 95 documento A/CN 4/428 y Add 1 párrs 18 a 21

cias recogidas en varios debates, pero parece haber obtenido un apoyo mayoritario en cuanto a las actividades que abarcaría: las de riesgo, esto es, las que producen un riesgo superior al normal de causar daños transfronterizos; y las de efectos nocivos, o sea las que causan daños transfronterizos como efecto de su operación normal.

10. En cuanto al tratamiento separado o conjunto de las dos especies de actividades del proyecto, parecería conveniente seguir en la hipótesis del tratamiento conjunto, en el entendido de que si hacia el final del ejercicio quedara probada su inconveniencia, podría decidirse la disociación. Ello es así por cuanto hasta el presente no parece convincentemente demostrado que tengan realmente tantas diferencias como para disociarlas. Es menester recordar que, en primer término, los artículos se proponen introducir los principios generales aceptables en esta materia: los límites a la libertad de acción en el propio territorio, la cooperación, la no discriminación, la prevención y la reparación. Todos ellos son aplicables a ambas actividades sin la menor duda. Luego, asignar al régimen de las actividades de riesgo la única finalidad de la prevención parece dejar de lado el hecho de que los daños que estas actividades normalmente causan deben ser indemnizados. Para ello es necesario establecer expresamente el principio de la reparación en los artículos, puesto que según el parecer de un sector de opinión, al menos, el derecho internacional no lo consagra. Por otra parte, la prevención se aplica a ambos géneros de actividades. En este terreno de la prevención conviene destacar dos conceptos:

a) En cuanto a las medidas unilaterales, las obligaciones que corresponden al Estado son idénticas para ambas actividades: al Estado corresponderá dictar las disposiciones legislativas y administrativas que establezcan las precauciones que los explotadores deben adoptar en uno y otro caso, así como velar por su aplicación. La responsabilidad del Estado por incumplimiento sería igual para una u otra actividad, según se verá un poco más adelante. A su vez, el explotador, en caso de violación de sus obligaciones, sería eventualmente sancionado por el derecho interno de su Estado, y si surgen daños transfronterizos se tratará en primer término de un asunto de responsabilidad civil, materia de decisión del tribunal competente;

b) En cuanto a las disposiciones procesales, es obvio que son útiles y necesarias, ya se trate de una o de otra actividad: cuando se está frente a cualquier actividad del artículo 1, es elemental apreciar en todos los casos el impacto transfronterizo del artículo 11 (Evaluación, notificación, información)[9], notificar y consultarse. El régimen que eventualmente se acuerde podrá diferir según se trate de uno u otro tipo de actividad, pero los pasos formales son los mismos para una o para otra.

11. Aunque no se debatió mucho la idea, una delegación sugirió que el artículo sólo debía referirse a las actividades nuevas, esto es, a las que van a emprenderse en el futuro y no a las que ya existen y se desarrollan en este momento. Por cierto que se trata de un asunto de la mayor importancia que deberá ser decidido, pero que no pone en cuestión las dos especies básicas de actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto.

12. Hay otro punto de vista que nada tiene que ver con el tratamiento separado o conjunto, ya que parece aceptar todo lo anterior, pero también hacer extensivo el proyecto al daño imprevisible. El Relator Especial tiene en claro hacia dónde se dirige esta opinión: si se refiere al daño producido por una actividad cuyas circunstancias no permitían preverlo o descubrirlo originalmente, pero que sin embargo resulta ser inherente a la actividad, el Relator Especial piensa que el caso ya estaría incluido en el presente proyecto como resultado del juego de sus artículos. En efecto, a partir de la producción de daños por su operación normal o del establecimiento del riesgo también como propio, la actividad pasaría a ser una de las del artículo 1, y luego, por virtud del artículo 3, basta que un Estado adquiera el conocimiento —o tenga los medios de conocer— de que una actividad prevista en el artículo 1 se desarrolla, o está a punto de desarrollarse, en su territorio, para que entren a regir a su respecto las obligaciones que impone el proyecto.

13. Pero si la objeción apunta a que cualquier daño transfronterizo debe ser indemnizado, aunque provenga de una actividad que es normalmente innocua, y que sigue siendo innocua tras el incidente dañoso, el asunto debe ser objeto de mayor reflexión. Si una actividad no es peligrosa, ni tampoco de efectos nocivos, pocas maneras habrá de que efectivamente produzca un daño transfronterizo. Podría hacerlo si interviene una concausa, o sea, una causa ajena a la actividad en cuestión que interfiere en el curso normal de los acontecimientos y produce un efecto inesperado. Esta interferencia puede o no ser previsible, pero en todo caso es ajena a la actividad misma. Por lo tanto, ocuparse de tales hipótesis obligaría a la Comisión a desviar su atención de las actividades que son el centro del tema, para ir a la consideración del daño, de cualquier forma en que éste se produzca, e implicaría por ende una transformación de la óptica del proyecto aparentemente no muy justificable ante los pocos casos prácticos de daños ocurridos de esta manera. Si se contempla el tema exclusivamente del lado del daño producido, se desoiría el reclamo más urgente de hoy en día, que es la creación de normas jurídicas que regulen la responsabilidad por las consecuencias de ciertas actividades humanas. Son ellas las que constituyen hoy una verdadera obsesión, no la preocupación más o menos académica de enfocar todas las posibilidades de daño. Con esto no se quiere decir que un perjuicio del tipo del que se mencionó quede sin reparar; tal vez corresponda hacerlo en virtud de principios generales del derecho internacional, pero, a menos que se demuestre lo contrario, el asunto parece carecer de entidad como para motivar un cambio en el planteo de los artículos.

2. El conocimiento o los medios de conocer (art. 3)

14. Aunque hubo algunas dudas respecto a la idea central de que la responsabilidad se condicione a que el Estado «conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del artículo 1 se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio», no se ha insistido sobre

[9] Véase nota 24 *infra*.

ellas. La presunción del último párrafo parece restablecer el equilibrio en esa disposición.

3. Los artículos 4 y 5

15. El artículo 4 quiere expresar la idea de que si las disposiciones de los presentes artículos son incompatibles con las de un tratado que reglamenta una actividad particular entre las mismas partes, predominan las de este último. Para adaptar su texto al lenguaje del inciso 2.° del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, podría redactarse así:

> «Para los Estados partes de los presentes artículos que sean también partes de otro convenio internacional relativo a una actividad o varias actividades del artículo 1, los presentes artículos no deberán ser considerados incompatibles con las disposiciones de aquel otro convenio internacional.»

16. En cuanto al artículo 5, nunca mereció reparos sino en cuanto a su redacción, que fue cambiada para tenerlos en cuenta.

B.—Los principios (arts. 6 a 10)[10]

1. El principio fundamental (art 6)

17. El artículo 6 contiene el principio básico, inspirado en la redacción del principio 21 de la Declaración de Estocolmo[11]. Aunque se han sugerido cambios de redacción, muchos de ellos aceptables, su idea central tiene amplio consenso.

2. La cooperación (art 7)

18. El artículo 7 expresa el principio de la cooperación internacional para obtener los objetivos del proyecto. Un aspecto original estriba en la obligación de cooperar por parte de los propios Estados afectados, cuando sea posible y razonable, con el Estado de origen para contener o mitigar los efectos dañosos de una actividad en el territorio del Estado de origen. También puede decirse de este principio que no ha despertado objeciones de fondo, aunque se hicieron importantes sugerencias para su mejoramiento. Una de ellas fue que el principio debe redactarse de modo de dar cabida a la acción de los particulares, de forma tal que las personas expuestas a los eventuales efectos de una actividad en el país afectado puedan tener acceso a la información de que dispongan, respecto a la mencionada actividad, tanto el Estado de origen como entidades privadas o personas físicas pertenecientes a ese Estado. Además, tales entidades o personas físicas deberían tener acceso a los procedimientos administrativos previstos en el Estado de origen respecto a la estimación del impacto transfronterizo y a la eventual autorización de la actividad.

3. La prevención (art 8)

19. Aunque la noción de «prevención» después del incidente despertó algún reparo, la sólida práctica internacional que la consagra no puede discutirse[12]. Sin embargo, la redacción de este artículo debería modificarse si se aceptaran algunas de las sugerencias formuladas en los últimos debates. En efecto, el artículo 18 (Incumplimiento de las obligaciones anteriores)[13], que despoja de toda consecuencia al incumplimiento de las obligaciones de prevención, no fue bien recibido en la CDI ni en la Sexta Comisión.

20. En el comentario dedicado al artículo 18 se verán con más pormenores los cambios que se sugieren. Pero, por el momento, habría una modificación que introducir en al artículo 8, que declara el principio de la prevención y anticipa las disposiciones procesales de los artículos 11 a 15[14], así como en las medidas unilaterales previstas en el artículo 16[15], para dejar claro que se le asignan al Estado sólo las obligaciones que le son propias, esto es, las de tomar las medidas legislativas, reglamentarias y ad-

---

[10] Los artículos 6 a 10 son del tenor 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 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

»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 produjeren, 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

»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 medios practicables y disponibles respecto a las actividades del artículo 1.

»Artículo 9.—La reparación

»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 estos artículos, principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño

»Artículo 10.—No discriminación

»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 estos 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 »

[11] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 6 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 73 II A 14), primera parte, cap I.

[12] *Anuario, 1990*, vol II (primera parte), págs 95 y 96, documento A/CN.4/428 y Add.1, párr 22

[13] Véase nota 24 *infra*

[14] *Ibid*

[15] *Ibid*

ministrativas para «garantizar» o «asegurar que» *(to ensure that)* las actividades del artículo 1 que se desarrollen bajo su jurisdicción o control no causen daño transfronterizo significativo si son de efectos nocivos, o se minimice el riesgo de que lo causen si son peligrosas, o se contenga y minimice el daño si el efecto nocivo ya se ha desencadenado. Cabría también suprimir la segunda oración del artículo 8, ya que el Estado parece estar normalmente en condiciones de ejercer esas acciones legislativas, administrativas o policiales. En cuanto a las obligaciones procesales de los artículos 11, 13 y 14 del capítulo III, consideradas también como de «prevención» pero que según algunas opiniones sólo pueden fundamentarse en la cooperación, ya se verá que habría la posible alternativa de tomar una actitud diferente.

4. La reparación (art 9)

21. El artículo 9 debería redactarse de forma que expresara la interrelación entre la responsabilidad que corresponde al Estado y la que toca a los explotadores según la responsabilidad civil. En el último debate de la Sexta Comisión, muchas delegaciones dieron a conocer su opinión favorable en general a incluir normas que aclaren esa interrelación. El principio podría estipular, volviendo a la idea de la víctima inocente que fuera dejada algo de lado en el camino, que lo importante es que esa víctima obtenga resarcimiento del daño sufrido, para hacer patente que, si ese resultado se obtiene, el Estado puede, en los casos que se especifican en el articulado, delegar responsabilidad en personas privadas. Esto reflejaría una corriente muy importante de opinión, manifestada tanto en la Sexta Comisión como en la CDI, según la cual el Estado tendría una responsabilidad «subsidiaria» respecto a la del operador. Algunas delegaciones, aunque menos numerosas que las que participan de la opinión anterior, dijeron que el Estado debe tener responsabilidad primaria. El Relator Especial piensa que puede buscarse un camino intermedio. Por un lado, es muy claro que la casi totalidad de las convenciones que rigen actividades específicas[16] depositan la responsabilidad primaria en el explotador o en otra persona responsable, como se verá, y asignan al Estado cierta responsabilidad subsidiaria cuando el explotador no alcanza a cubrir la totalidad de la indemnización que corresponda. Cabría tal vez ampliar algo esa responsabilidad del Estado para otros casos en que la víctima inocente no pudiera alcanzar reparación. El Estado podría entonces hacerse cargo de ella en los casos en que la vía privada no asegurase el resarcimiento total del daño, ya sea porque *a*) el explotador responsable o su seguro no pueden cubrir el total, o *b*) porque no pueda identificarse a dicho explotador o explotadores responsables (contaminación a distancia, gran número de operadores que hacen imposible establecer los responsables, como cuando el efecto nocivo proviene de una región entera dentro de un Estado, etcétera).

22. Por supuesto que el Estado puede descargar la responsabilidad que le compete de varias maneras. Por ejemplo, puede constituir un fondo, como lo prevé la Convención de Bruselas sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, de 1962, en la hipótesis del punto *a* del párrafo 21; también puede obligar a los explotadores de la región del país donde se originen los efectos nocivos o, cuando sea posible, al conjunto de los explotadores que hayan causado el daño transfronterizo a integrar un fondo especial para resarcir los daños, o a tomar determinadas precauciones para evitar la producción del efecto dañoso. Lo ideal es que en tales circunstancias el Estado de origen entre en las conversaciones que prevén los artículos 11 y siguientes con los Estados afectados a fin de crear un régimen que reglamente internacionalmente la actividad de que se trate. Por último, procede señalar que solamente en el caso del punto *b* del párrafo 21, o sea cuando hay una responsabilidad original y no delegada del Estado, cabría la negociación prevista en los actuales artículos 9 y 21[17] entre el Estado de origen y el afectado, no así en la hipótesis del punto *a*, en la que estaría disponible la vía privada para perseguir la responsabilidad civil.

23. Algunas delegaciones en la Sexta Comisión, así como algunos miembros de la CDI, seguramente van a insistir en la responsabilidad primaria del Estado. El Relator Especial, que por supuesto es enteramente neutral en esta situación, se limita a comprobar que el número de delegaciones y de miembros que se han manifestado en favor de la responsabilidad «subsidiaria» del Estado es considerable. Inclusive la idea de una responsabilidad primaria del Estado, para casos como los referidos en el punto *b* del párrafo 21, será sin duda resistida por algunos Estados y también por miembros de la CDI. El asunto debería ser materia de negociación si eventualmente estos artículos constituyeran la base de una convención. El Relator Especial sugiere a la Comisión que se mantengan las dos alternativas: la del actual artículo 9 y la de un nuevo artículo que refleje las anteriores ideas.

5. La no discriminación (art 10)

24. El artículo 10 fue generalmente bien recibido, ya que declara un principio poco menos que impecable desde un punto de vista abstracto. Las objeciones fueron pocas; una de ellas es que este principio solamente puede funcionar entre Estados con sistemas jurídicos similares o comparables. Pero, si se va a aplicar el sistema de responsabilidad civil, este principio es absolutamente necesario y obligará a los Estados a que den a los nacionales o residentes de otros países un tratamiento no menos favorable que el que dan a sus propios residentes. La objeción opuesta más arriba se basa en el hecho de que ciertos países puedan tratar a sus propios residentes en una

[16] Menos una, la de responsabilidad por objetos espaciales, pero ya se ha hecho notar el carácter especial de este instrumento jurídico, que se basa en el estricto control del Estado no sólo de las actividades que él mismo realiza, sino de las privadas llevadas a cabo bajo su autoridad. Como lo señalan Doeker y Gehring: «La disposición que estipula la responsabilidad del Estado que ejerce el control confirma su obligación de supervisar y fiscalizar en forma permanente las empresas espaciales, tanto gubernamentales como privadas». [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.° 1, 1990, pág. 13.]

[17] Véase nota 33 *infra*

forma inferior a la que tal vez se considere razonablemente una norma internacional. En realidad, el proyecto fija un cierto nivel internacional, puesto que establece los principios de prevención y reparación, así como otros que, justamente en virtud de la no discriminación, deben ser aplicados por todos los Estados miembros. Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 29[18] dice que «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». Cabe recordar que la expresión «pronta y adecuada indemnización o reparación» constituye de por sí una norma internacional.

C.—El artículo 2

1. Las actividades peligrosas (apartados *a* a *d*)

25. Los apartados *a* a *d* del artículo 2 definen el concepto de «actividades peligrosas». Se insertaron a título meramente experimental y para satisfacer una tenaz objeción que reclamaba delinear bien el alcance de los artículos. Asimismo, facilitan la aplicación del concepto clave de «riesgo significativo», puesto que existe la presunción de que todas las actividades que utilizan sustancias peligrosas presentan ese riesgo, presunción que se confirma siempre que otras y más fáciles estimaciones coincidan, como las proporciones, o las concentraciones, o las situaciones en que se usen dichas sustancias (apartado *b in fine*). Dichos apartados ayudan, entonces, a determinar lo «significativo» del riesgo y con él a circunscribir el alcance de los artículos. Para que un riesgo quede comprendido dentro de su alcance debe tener cierta entidad. Es fácil observar que algunas actividades, las llamadas de gran riesgo *(ultra hazardous)*, caen dentro de la competencia de la CDI. Pero de allí para abajo, ¿dónde fijar el límite? ¿Cómo definir el concepto de «riesgo significativo» o, si se quiere, «superior al normal», que sería acaso la exacta idea que se quiere expresar? Toda actividad humana implica algún riesgo: esa fue la objeción que se planteó en los primeros debates sobre el tema. En lo posible se deberá identificar el riesgo que interesa, ya que es imposible cuantificarlo.

26. La Sexta Comisión no fue, en general, favorable a la idea de una lista de sustancias peligrosas. «La mayoría de los representantes eran partidarios de una definición general y consideraban que preparar una lista de sustancias era poco útil e inadecuado» (véase A/CN.4/456, párr. 451). Se formularon varias objeciones; las siguientes son las principales: *a*) hay sustancias, como el agua, por ejemplo, que no son peligrosas, sin embargo un dique que forme un lago puede crear ciertos riesgos importantes de daños transfronterizos; *b*) es innecesaria una lista de sustancias peligrosas, puesto que de todas maneras la actividad que las utilice debe someterse a una cierta estimación en cuanto a las «cantidades o concentraciones», o en relación con «ciertos riesgos o situaciones» en que puede encontrarse dicha sustancia (apartado *b* del art. 2) y se debe apreciar si realmente ofrece un «riesgo significativo» de daño transfronterizo; *c*) sería necesario poner al día la lista con cierta frecuencia, lo que es engorroso, amén de que nunca podría ser realmente exhaustiva y admitiría lagunas; y *d*) una lista cambia el carácter del proyecto de artículos, puesto que en lugar de ofrecer un marco general donde se inserten todas las actividades se transforma en un instrumento destinado a reglar actividades específicas.

27. Algunos comentarios adicionales respecto a esta cuestión de las sustancias peligrosas podrían ayudar a los miembros de la CDI a aceptar acaso una alternativa que, sin contentar a todos enteramente, satisfaga parcialmente a cada uno. Un primer elemento que se ha de tener en cuenta es la importancia del precedente que ofrece el proyecto de normas del Consejo de Europa sobre compensación por daños causados al medio ambiente[19], puesto que, si llega a transformarse en una convención, será el único similar al proyecto emprendido por la CDI. En efecto, todas las convenciones existentes respecto a la responsabilidad por daños transfronterizos se refieren a una actividad específica. En cambio, el proyecto de normas del Consejo de Europa trata de cualquier actividad peligrosa; es una convención general como intenta serlo el proyecto de artículos propuesto. Por tanto, la técnica que se emplea en el proyecto de normas es el antecedente más válido para los trabajos de la CDI sobre el proyecto de artículos que se examina.

28. Ya existen listas de sustancias peligrosas. La contenida en el apéndice I de la Directiva 67/548 de la Comunidad Europea incluye 1.200 sustancias. Ya se adopte esa lista, o se la adapte a las necesidades de una convención global, es obvio que cubre un espectro extremadamente amplio. Si a eso se agrega que el inciso ii) amplía el alcance a todas las actividades que empleen tecnologías productoras de irradiaciones peligrosas, y que el inciso iii) incluye las que introduzcan en el medio ambiente organismos genéticamente modificados peligrosos y microorganismos peligrosos, ese espectro resulta aún más ensanchado. Por otra parte, el carácter exhaustivo de la lista, requerido como *sine qua non* por algunas delegaciones a la Sexta Comisión y por algunos miembros de la CDI, resulta inalcanzable por las siguientes razones: *a*) no se puede confeccionar una lista exhaustiva de sustancias peligrosas: el número de sustancias químicas existente es de alrededor de 60.000, y los especialistas estiman que es imposible conocer con certidumbre todos sus efectos, tanto más cuanto que la experimentación necesaria sobre esas sustancias puede ser larga[20]; y *b*) cualquier actividad que utilice alguna de esas sustancias o técnicas deberá ser sometida al examen de la autoridad para determinar, como se acaba de ver, si se dan las demás circunstancias que configuran el «riesgo significativo de daño transfronterizo» necesario para incluir en el alcance del presente proyecto de artículos una actividad

[18] Véase nota 43 *infra*.

[19] 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.

[20] Véase CJ-EN (90) 11 (Comité d'experts sur la réparation des dommages causés à l'environnement, rapport de réunion du Groupe de travail), pág. 5, párr. 13, apartado *c*.

que utilice alguna o algunas de las sustancias contenidas en la lista[21]. Esto le quita el carácter de «exhaustiva» a cualquier lista que pretenda tenerlo, máxime si se advierte que hay sustancias que no pueden figurar en la lista, como el agua, que sin embargo ofrece peligros en ciertos casos.

29. La objeción relativa a sustancias como el agua también va contra la idea de la lista exhaustiva: es evidente que el proyecto de normas del Consejo de Europa va dirigido a sustancias que se manipulen en industrias o se almacenen, se transporten, etc. Aunque lo dicho al final del apartado *b* del artículo 2 podría *in extremis* aplicarse al agua, esto es que una sustancia podrá ser considerada peligrosa si se presenta en ciertas cantidades, o en relación con ciertos riesgos o situaciones en que pueda encontrarse, parece claro que esa no fue la intención de los redactores del proyecto de artículos, y que resultaría muy extraño que el agua encabezara la lista. Por eso, y también para evitar que el presente proyecto de artículos se transforme de una convención marco, que era la idea inicial, en un texto que se limite a ciertas actividades específicas, si hay lista, ésta debiera ser solamente indicativa, figurar en un anexo e ir acompañada de una definición general, pero lo más completa posible, de las actividades peligrosas. La lista no cumpliría la finalidad de indicar automáticamente las actividades peligrosas según el criterio del proyecto de artículos, pero podría servir de valiosa indicación por cuanto cualquier actividad que empleara alguna o algunas de esas sustancias debiera ser examinada para evaluar sus posibilidades de daños transfronterizos y, por ende, la naturaleza del riesgo que implican. Esta sería entonces la alternativa de que se habla más arriba.

2. El daño transfronterizo (apartado *g*)

30. El apartado *g* trata del indispensable concepto del daño transfronterizo. Se ha sugerido que este concepto tiene demasiada importancia para formar parte de un artículo sobre el significado de los términos empleados; sin embargo, esa es la técnica adoptada en varios instrumentos importantes[22]. También podría aparecer separadamente bajo el título de «Daño transfronterizo e indemnizaciones» e incluir los conceptos contenidos en el artículo 24[23]. En todo caso, los diversos conceptos del daño debieran figurar bajo distintos apartados. La indemnización por daño al medio ambiente, según numerosas observaciones recibidas por el Relator Especial, debería comprender solamente el costo de las medidas razonables tomadas efectivamente para la restauración del *statu quo ante*.

3. El daño «apreciable» [significativo] (apartado *h*)

31. La recepción de que fue objeto el apartado *h* indica que persisten las dificultades en lo relativo a definir el daño « apreciable» o «significativo», aunque no se intentó dar allí una definición *stricto sensu*, sino simplemente una cierta idea de lo que se trataba. Por de pronto, una mayoría de opiniones parece inclinarse en favor del concepto de daño «significativo» porque traduce una entidad o magnitud algo mayor que la palabra «apreciable». Una crítica a la definición se basó en el uso de la palabra *nuisance* en la versión inglesa, ya que naturalmente esa expresión tiene un significado técnico diferente en el sistema de derecho anglosajón. En realidad, la palabra empleada en la versión española original era «molestia», que significa una pequeña perturbación. De todos modos, quizá sea preferible no definir algo que, en un cuadro tan general, resulte difícilmente definible. Este mismo concepto tampoco se definió en el dominio de los cursos de agua.

---

[21] Ello es así porque, aparte de lo dicho anteriormente, resulta técnicamente casi imposible precisar *in abstracto* las cantidades o concentraciones necesarias para calificar a una sustancia como nociva. Tal fue la conclusión de los expertos que participaron en los trabajos de redacción del proyecto de normas del Consejo de Europa que se comenta (*ibid.*, pág. 6, párr. *d*). Esto abona nuestra estimación de que es imposible redactar una lista de sustancias que convierta en automático el procedimiento de incluir una actividad como peligrosa.

[22] El proyecto de normas del Consejo de Europa (véase nota 19 *supra*) incluye el concepto de daño transfronterizo en las definiciones del artículo 1, dicho concepto también figura, entre otros instrumentos, en la *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)*, 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, celebrado en Londres (art 1, párr. 6), la Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos (art 1, párr 15), el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (art. 1, párr. *a*) y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963 (art. 1, párr. *k*)

[23] Véase nota 33 *infra*

CAPÍTULO III

La prevención[24]

A.—El procedimiento

1. LOS ARTÍCULOS 11 (PÁRR 1), 13 Y 14

32. Los artículos sustanciales del procedimiento son los artículos 11 (párr. 1), 13 y 14. El párrafo 2 del artículo 11 trata de un caso particular de la cuestión prevista en el párrafo 1, y los artículos 12 y 15 de temas conexos, a saber, la participación de organizaciones (u organismos) internacionales y la protección de la seguridad nacional o de secretos industriales Básicamente, el procedimiento consiste, por parte del Estado de origen, en evaluar el impacto transfronterizo de cualquier actividad que se sospeche que sea alguna del artículo 1 a punto de iniciarse (o en desarrollo) bajo su jurisdicción o control. Si efectivamente es una actividad de riesgo, o de efectos

[24] El capítulo III (Prevención) del proyecto de artículos comprende los artículos 11 a 20, que son del tenor siguiente

«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 resultas de la actividad, la notificación se hará también a una organización internacional con competencia en la materia, en las mismas condiciones del párrafo 1

»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 podran 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 segun 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 garantias financieras que cubran los daños transfronterizos, así como la aplicacion de la mejor tecnologia disponible para la seguridad en el desarrollo de dicha actividad Si fuera necesario, empeñara 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, asi 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 tecnologia 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 economica de la actividad en relacion con los posibles medios de prevención

»*f*) las posibilidades fisicas y tecnologicas 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 proteccion que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado, y los que se aplican en la practica 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 reparacion 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 dara a los Estados afectados ninguna accion si no esta prevista en otros convenios internacionales vigentes entre las partes

(Continuación en la página siguiente.)

nocivos, el Estado de origen deberá notificar a los Estados presuntamente afectados de esa circunstancia, acompañando la información de que disponga. Si esos Estados lo consideran necesario, podrán tener lugar las consultas previstas en el artículo 14, de las que podría surgir un régimen para la actividad que la haga soportable y que tenga en cuenta los intereses de todos los Estados partes. El régimen tendrá básicamente un carácter internacional, puesto que se basará en un acuerdo de los Estados participantes, pero ofrecerá seguramente aspectos relativos a su derecho interno, en particular del Estado de origen. Se podrán poner de acuerdo sobre medidas de cooperación para evitar el daño transfronterizo o hacer aceptable el riesgo de su producción, sobre las medidas de seguridad que debe imponer el Estado de origen para autorizar la actividad, sobre la identificación de las personas privadas responsables, sobre la participación de los particulares afectados en los procedimientos administrativos del Estado de origen, sobre el establecimiento de un sistema de indemnizaciones a los perjudicados, sobre la existencia o no de un régimen de seguros, sobre la eventual limitación de la responsabilidad de los explotadores, sobre la existencia o no de una responsabilidad del Estado de origen y sobre los casos en que ésta corresponde Todo ello será más fácil, y se hará mejor, si las negociaciones versan sobre una actividad particular.

33. Hubo una objeción a la idea de establecer un tipo de procedimiento como el que ya se ha descrito: la de que no se puede gravar a un Estado con obligaciones de esa especie tratándose de un régimen jurídico tan general como el previsto en nuestros artículos. Pero las obligaciones de evaluar el impacto ambiental —y, por ende, cualquier impacto transfronterizo— de una actividad que se desarrolle bajo la jurisdicción o control de un Estado, así como la de notificar a los interesados y transmitirles toda la información necesaria, amén de realizar las correspondientes consultas, están bastante bien establecidas en el derecho internacional[25]. Ello es así porque los afectados no pueden inmiscuirse en lo que sucede bajo una jurisdicción ajena ni por ende controlar la autorización o desarrollo de actividades susceptibles de afectarlos. Esta responsabilidad del Estado de origen es la contrapartida de su jurisdicción territorial exclusiva y excluyente[26]. La lista de sustancias peligrosas, si se acepta, facilita considerablemente la operación puesto que cualquier actividad que las emplee debe ser examinada para evaluar sus riesgos. Por lo demás, hay que tener en cuenta que, tratándose de actividades como las que nos ocupan, todos los Estados sujetan generalmente su desarrollo a una autorización previa para proteger a su propia población, y requieren a ese efecto información del solicitante. Por lo tanto, es enteramente lógico que el Estado de origen notifique a los Estados presuntamente afectados la eventual existencia de actividades llevadas a cabo bajo su jurisdicción o su control que tengan posibles efectos transfronterizos.

34. Esto no significa que sea el Estado mismo el que deba hacer esa evaluación: ni que decir tiene que puede exigirla del explotador como condición para el otorgamiento de la autorización. Pero también es evidente que el Estado en cuestión deberá examinarla y verificar su exactitud, porque de alguna manera estará comprometiendo su propia responsabilidad *ad exteros*.

35. En todo caso, es en razón de la objeción arriba mencionada que se intentó simplificar el procedimiento lo más posible. Este afán de simplificación no debiera acaso excluir, como lo señalaron algunas delegaciones en los debates de la Sexta Comisión, la obligación del Estado de origen de permitir el acceso de entidades pri-

(Continuación de la nota 24)

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 »

[25] Véase la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, que impone al Estado de origen la obligación de efectuar una evaluación del impacto ambiental de cualquier actividad antes de autorizarla (art. 2); de notificar prontamente a los Estados que considere posiblemente afectados (art 3) y de celebrar consultas sobre medidas para mitigar los efectos transfronterizos, sobre otras formas de posible asistencia mutua para reducir los impactos transfronterizos de las actividades planeadas, y sobre cualquier otro tema adecuado en relación con la susodicha actividad (art 7)

[26] Estos conceptos quedaron bien establecidos en el asunto de la *Isla de Palmas*

«La soberanía, en las relaciones entre Estados, significa la independencia La independencia, respecto de una parte del globo, es el derecho a ejercer allí, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones estatales El desarrollo de la organización nacional de los Estados en los últimos siglos y, como corolario, el desarrollo del derecho internacional han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio, de tal manera de converturlo en el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que atañen a las relaciones internacionales » [*Revue générale de droit international public* (París), vol. 42, 1935, págs 156 y 163.]

A este derecho soberano se contrapone una obligación que el árbitro Max Huber señala a continuación

«La soberanía territorial, como se ha dicho, entraña el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado Este derecho tiene como corolario un deber. la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de los demás Estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado pueda reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero A menos que manifieste su soberanía territorial de una manera que corresponda a las circunstancias, el Estado no puede cumplir con este deber. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es, a excluir las actividades de otros Estados, porque sirve para compartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima de que es custodio el derecho internacional » (*Ibid* , págs 164 y 165.)

En un debate de la CDI sobre el tema se ha dicho que estamos considerando que, si un Estado es responsable por los daños que las actividades en su territorio puedan causar a extranjeros en ese mismo territorio, con más razón lo será respecto a los daños causados a personas que residen en el territorio del Estado afectado Algo parecido puede decirse de las expediciones organizadas en el territorio de un Estado contra el gobierno o el orden público de otro Estado

vadas y personas físicas de los Estados afectados a sus procedimientos administrativos relacionados con la autorización de la actividad de que se trate. Tal acceso daría a las posibles víctimas las mejores garantías respecto a la defensa de sus intereses.

36. Se ha observado asimismo en los mencionados debates que el proyecto no contiene mención alguna en cuanto a si la autorización para el desarrollo de una actividad del artículo 1 estaría supeditada al resultado de las consultas previstas en el artículo 14. Desde luego, no se trata de imponer un veto de los afectados al desarrollo de una actividad en los Estados de origen ni tampoco un retardo que podría ser injustificado: eso también se dijo claramente en la CDI y en la Sexta Comisión. Una posibilidad sería la adoptada por el proyecto, o sea que, si el Estado de origen lo considera conveniente sobre la base de los estudios realizados, autorice el comienzo de la actividad de que se trate, teniendo en cuenta: *a*) que si la actividad produce daños transfronterizos, deberá hacerse cargo de la totalidad de la indemnización; y *b*) que eventualmente se vería precisado a tomar medidas que implicaran cambios costosos en relación con las inversiones hechas y las instalaciones construidas, particularmente si, por razón de existir las condiciones establecidas en el artículo 20, la autorización concedida debe ser retirada. Acaso se levantarían las objeciones si se formularan en forma expresa estas dos condiciones que, a juicio del Relator Especial, están implícitas en el articulado propuesto.

37. Se puede concebir otra posibilidad en este tema, que consiste en que el Estado de origen no autorice actividades nuevas del artículo 1 hasta que el aspecto internacional no se encuentre enteramente cumplido. El Relator Especial y la propia Comisión han preferido la primera solución, lo cual no quiere decir que no se pueda volver sobre la cuestión en una etapa posterior de la negociación de los términos del tema.

38. En cuanto al artículo 14, éste consagra simplemente la obligación del Estado de origen de consultar con los afectados. El anterior artículo 16[27], que el artículo 14 reemplaza, iba más lejos, puesto que consagraba la obligación de ese Estado de negociar un régimen para la actividad que originaba el procedimiento. Esta obligación de negociar debía entenderse en el sentido que tiene en el derecho internacional, en particular luego de los fallos dictados en asuntos como el de la *Plataforma continental del mar del Norte*[28], de la *Competencia en materia de pesquería (Reino Unido* c. *Islandia)*[29], el del *Lago Lanós*[30], y en especial el párrafo de la opinión consultiva de la CPJI en el asunto del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, que caracteriza a la obligación de negociar no sólo como la de escuchar a la otra parte, ni de «emprender negociaciones, sino también de proseguirlas lo más posible con miras a llegar a un acuerdo»[31]. O sea que, por supuesto, el Estado de origen no tenía, en el anterior artículo 16, la obligación de llegar de cualquier manera que fuere a acordar un régimen con el afectado por la actividad en cuestión, debía simplemente cumplir de buena fe con la obligación de tratar de hacerlo, como afirmó la CIJ en el fallo relativo al asunto de la *Plataforma continental del mar del Norte*:

> [...] Las partes tienen la obligación de entablar negociaciones con miras a lograr un acuerdo, y no simplemente de participar en un procedimiento formal de negociaciones como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo; tienen la obligación de actuar de modo tal que las negociaciones resulten significativas, lo que no sucede cuando cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin examinar la posibilidad de ninguna modificación[32].

39. En la CDI hubo oposición a esta idea, que se consideró excesiva, y de ahí que se haya rebajado el nivel de la obligación al de meras consultas. De ello surge un régimen permisivo en cuanto a la iniciación de la actividad y a las obligaciones previas del Estado de origen de informar y consultar, pero naturalmente que todo eso sería bajo la responsabilidad de aquel Estado en caso de que se produjeran daños.

40. Lo dicho anteriormente da cuenta de los artículos 11 y 14. El artículo 13 transfiere simplemente la iniciativa del procedimiento al Estado afectado y es necesario para el caso de que el Estado de origen no cumpla con la obligación que le impone el artículo 11. ¿Qué sucede si el Estado de origen, aun después de interpelado, continúa en su incumplimiento? También aquí se presentan alternativas. Una sería la de otorgar al Estado afectado todas las posibilidades que le ofrece el derecho internacional general cuando se produce la violación de una obligación internacional. Otra sería la de permitir que la actividad cuestionada siguiera desarrollándose en el Estado de origen bajo su responsabilidad y, sólo en caso de que se produjeran daños transfronterizos, ocurriría lo que se ha indicado en el párrafo 33 *supra,* que es el camino seguido hasta ahora por el proyecto.

2. Los artículos 11 (párr 2), 12 y 15

41. El párrafo 2 del artículo 11 está destinado a facilitar la identificación de los Estados presuntamente afectados por una actividad desarrollada en el Estado de origen, puesto que probablemente una organización u organismo internacional esté en mejores condiciones que un Estado individual para determinar situaciones como la que comentamos. Se sabe, por ejemplo, que el PNUMA posee un sistema de detección ambiental como el Sistema Mundial de Vigilancia del Medio Ambiente (SIMUVIMA) que recibe informaciones de todo el mundo y que puede ayudar a los diversos Estados a determinar el alcance de un cierto impacto transfronterizo. Se ha manifestado cierto escepticismo en la Comisión —no obstante que al principio se recibió auspiciosamente la idea de la participación de las organizaciones internacionales— en el sentido de que las que tienen competencia general en la materia podrían, sin embargo, no prever en sus cartas constitutivas el ejercicio de un mandato para intervenir en cuestiones de este tipo. También se ha preguntado algún miembro de la CDI qué pa-

[27] Véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), párr. 322.

[28] *República Federal de Alemania* c. *Dinamarca* y *República Federal de Alemania* c. *Países Bajos*, fallo de 20 de febrero de 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3.

[29] Fallo de 25 de julio de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 3.

[30] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), pág. 281.

[31] *C.P.J.I., serie A/B N.° 42*, pág. 108.

[32] *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 85, apartado *a*.

sería con los Estados no miembros o, finalmente, quién sufragaría los gastos en que se incurriera. A juicio del Relator Especial se trata de obstáculos superables: las disposiciones del párrafo 2 del artículo 11 implican un servicio que, por lo menos, un organismo como el PNUMA, cuya competencia en la materia resulta difícil cuestionar, está perfectamente capacitado para prestar, sin mencionar otros organismos regionales que pueden tener parecida capacidad de información. Asimismo, parece improbable que los estatutos de tales organismos les prohíban en alguna forma la prestación de ese servicio si, en último caso, su financiación está asegurada —aunque haya algún Estado no miembro entre los presuntamente afectados— y dicha financiación puede quedar, en principio, a cargo del Estado de origen y ser motivo de un acuerdo previo entre la entidad de que se trate y dicho Estado. En algunos casos, podrá reforzarse el presupuesto de algún organismo que la experiencia muestre que es útil en este ejercicio.

42. A eso se reduce la participación de un organismo internacional con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11, y convendría decirlo expresamente al final de la mencionada norma para evitar que se confundiera esta intervención con la prevista en el artículo 12, que es de un tipo completamente diferente. No se trata ya simplemente de un trabajo de detección de los efectos transfronterizos de una actividad, sino también de acercar a las partes, facilitar sus conversaciones y aclarar los puntos técnicos que éstas puedan presentarle. De más está decir que, si la entidad internacional en cuestión se niega a participar en la forma que establece el artículo 12, ella no tiene obligación alguna de hacerlo, pero los organismos internacionales cumplen la misión general de favorecer la cooperación entre sus miembros y, eventualmente, entre éstos y los Estados no miembros. Esa es la finalidad de su creación, y el Relator Especial piensa que pocos organismos internacionales se negarían a intervenir en la calidad que les otorga el artículo 12, siempre que, naturalmente, se sufragasen los gastos en que pudieran incurrir. Si se trata de un organismo regional, pueden presentarse cuestiones difíciles en relación con Estados de otras regiones, pero esas situaciones naturalmente serían poco frecuentes y, en tales casos, sería mejor recurrir a un organismo con competencia universal.

3. El equilibrio de intereses (art. 17)

43. El artículo 17 da algunas pautas útiles para la eventual negociación de un régimen para la actividad que se desarrolle. No obstante que se recibió con general beneplácito, algunos opinaron en el sentido de que habría que ubicarlo en un anexo, puesto que en realidad no consagra una norma jurídica obligatoria.

4. El umbral de la prohibición (art. 20)

44. En lo referente al artículo 20, algunas delegaciones manifestaron preocupación en la Sexta Comisión (véase A/CN.4/L.456, párr. 459) con respecto al umbral apropiado del daño o del riesgo que desencadenaría la obligación prevista. Es una cuestión similar a la del daño o del riesgo significativos. Lamentablemente, estos umbrales no son, *a priori*, cuantificables. Pero resulta claro que, en principio, no puede obligarse a ningún Estado a soportar un daño significativo o un riesgo significativo de daño resultante de actividades realizadas bajo la jurisdicción de otro Estado. Si la negociación respecto al umbral del daño o del riesgo fracasa porque las partes no se ponen de acuerdo en cuál es el umbral adecuado para el caso específico, tendrán que resolver la diferencia en la única forma que el derecho internacional prevé para tales casos, y de la que da una buena idea el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin duda, no fue muy fácil llegar a celebrar tratados como los que prohíben ciertos ensayos nucleares, el emplazamiento de armas de destrucción en masa en ciertas áreas de los fondos marinos o la utilización de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros propósitos hostiles, pero esas dificultades son inherentes a la vida internacional, donde no hay ni tribunales de jurisdicción obligatoria ni policía ni poder centralizado alguno.

B.—Naturaleza de las medidas de prevención

1. El artículo 16

45. De acuerdo con muchas opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión, las medidas unilaterales del artículo 16 debían ser obligatorias. Su violación acarrearía entonces las consecuencias previstas por el derecho internacional general o, en su caso, las que establezca una eventual convención sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Ello parece lógico: una vez establecido que una actividad determinada causa o puede causar daños transfronterizos, el Estado de origen deberá preocuparse por crear las máximas condiciones de seguridad aconsejadas por la tecnología más avanzada en la materia o, si se prefiere, adoptar las medidas razonables de seguridad. Deberá emplear, entonces, la «diligencia debida» al respecto. Las obligaciones de este artículo son típicamente obligaciones del Estado: dictar la legislación apropiada, tomar las medidas administrativas y policiales necesarias para hacer cumplir esa legislación, etc. Acertadamente se observó en el debate sostenido en la Sexta Comisión que lo previsto en el artículo 16, respecto a seguros exigibles a los explotadores u otras garantías financieras que cubrieran eventuales daños transfronterizos, encontraría un lugar más adecuado en el capítulo sobre la reparación que en el relativo a la prevención.

2. El artículo 18

46. Lo sustancial del artículo 18 ya se consideró anteriormente. Parece, sin embargo, que hubiera una diferencia entre las obligaciones dimanadas de los artículos 11, 12 y 14, que son la columna vertebral del procedimiento, y las obligaciones unilaterales previstas en el artículo 16. Con respecto a las obligaciones de procedimiento, habría varias posibilidades: *a*) que las del artículo 11 fueran de cumplimiento obligatorio (dado que están considerablemente establecidas en el derecho internacional general), o que no lo fueran; o bien que lo fueran sólo en caso de que deba aplicarse el artículo 13 (o sea, si un Estado presuntamente afectado pone en marcha el mecanismo); y

b) que la obligación dispuesta en el artículo 14 sea, para los Estados interesados, una mera obligación de consultarse, o que se transforme en una obligación de negociar un régimen, en la acepción dada en el párrafo 35. En todo caso, lo más práctico sería suprimir el artículo 18 y obtener los efectos recién comentados a través de la redacción que se dé a las disposiciones de los artículos mismos.

CAPÍTULO IV

La responsabilidad

A.—La responsabilidad del Estado[33]

1. EL TÍTULO DEL CAPÍTULO

47. Si se acepta que la responsabilidad del Estado tiene, en el presente tema, un carácter subsidiario, el capítulo IV podría denominarse «La responsabilidad del Estado» e insertarse después del que trata de la responsabilidad civil.

2. EL ARTÍCULO 21

a) *La obligación de negociar*

48. Como en el presente proyecto de artículos la responsabilidad se concibió originariamente desde el punto de vista de la responsabilidad causal del Estado *(strict liability)*, el artículo 21 buscaba mitigar una situación tan draconiana como menesterosa en precedentes. En efecto, los largos debates sobre la parte general del desarrollo del tema pusieron en evidencia la convicción de un sector de opinión, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, de que no existía una norma específica de derecho internacional general que impusiera a los Estados ese tipo de responsabilidad que surge sin que medie el in-

[33] El capítulo IV (Responsabilidad) del proyecto de artículos comprende los artículos 21 a 27, que son del tenor siguiente

«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 demostrara 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 e 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 periodo 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 ultima ocurrencia »

cumplimiento de una obligación, y que no había de parte de ese sector la disposición de aceptarla a través de un eventual tratado. Por tanto, la forma de suavizar la dureza de la responsabilidad causal a cargo del Estado consistía en que no se produjera automáticamente, sino que se negociara en cada caso.

49. En consecuencia, la obligación de negociar partía de la base de que quien produce un daño debe repararlo de alguna manera. La negociación es la forma más primaria de resolver los desacuerdos internacionales y es la que impone el artículo 21 para fijar el modo de la reparación. El texto dice que el daño debe ser «en principio» compensado íntegramente, o sea de acuerdo con principios tales como el *sic utere tuo* y otros que ha reconocido la jurisprudencia internacional en asuntos como el del *Estrecho de Corfú*[34], el de la *Isla de Palmas*[35], el del *Lago Lanós*[36] y, muy particularmente, el de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[37]. Por consiguiente, no se trataba de que las partes empezaran la negociación a fin de determinar si debía o no tener lugar la compensación, sino más bien para decidir la forma de reparación que correspondía y advirtiendo que ella debía ser integral, de acuerdo con los principios que rigen en esta materia. Parecía innecesario establecer que, si las partes no lograban resolver sus previsibles diferencias a través de la negociación, ellas podían recurrir a todos los otros medios que el derecho internacional general y el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas colocaban a su disposición para tales casos. La CDI podría considerar que esta vía de la negociación todavía es posible en los casos —si es que queda alguno— en que las indemnizaciones se negocien de gobierno a gobierno, como se contempla en el párrafo 52 *infra*.

b) *Las modificaciones al artículo 21*

50. En función de las alternativas presentadas en capítulos anteriores, y teniendo en cuenta que la responsabilidad puede recaer exclusivamente en explotadores privados, el artículo 21 debería sufrir considerables modificaciones. En primer término, tendría que expresar que la responsabilidad civil es primaria y determinar los casos en que le correspondería al Estado responder, ya sea para completar la responsabilidad de los individuos (explotadores o quienes fueran los responsables) cuando éstos o sus seguros no alcanzaran a cubrir íntegramente el daño producido, o para reemplazar a los responsables privados cuando éstos no pudieran identificarse o encontrarse. En esos casos, el Estado se haría cargo de la reparación.

51. En el primer caso, el tribunal competente que haya conocido de la demanda contra la persona privada responsable podrá conocer también de la causa contra el Estado, o contra el fondo que éste pudo haber hecho constituir al efecto, por su responsabilidad subsidiaria.

c) *Autores no identificables*

52. El segundo caso, esto es, el de un daño transfronterizo cuyos autores no pueden identificarse, es algo más complicado. Esta situación podría surgir, por ejemplo, si el perjuicio es causado por un gran número de fuentes, cuyo efecto sumado es el que ocasiona el daño en cuestión. En tal caso, y por la vía del artículo 13[38] —si el Estado afectado no ha sido notificado, y si lo ha sido con mayor razón—, se podría llegar a una negociación de Estado a Estado tendiente a encontrar un régimen adecuado a la actividad que produce los perjuicios. Esa negociación podría ser la oportunidad para considerar las indemnizaciones de los daños eventualmente ya producidos, juntamente con las reducciones que pudieran corresponder. Tal sería una de las dos vías posibles: la negociación de Estado a Estado, que incluiría las indemnizaciones por los daños producidos con sus eventuales reducciones. Por lo demás, siempre habría que contemplar la posibilidad de que los damnificados privados que tuviesen acción —por ejemplo, los que hubieran sufrido daños en sus personas o en sus patrimonios como consecuencia de la actividad en cuestión— quisieran valerse de la vía interna en la esperanza de encontrar una mejor indemnización.

53. La otra vía serían los tribunales del Estado de origen o del afectado, según los casos, si alguno de los Estados interesados se niega a negociar las indemnizaciones en aquella oportunidad. Los damnificados —incluyendo al Estado afectado, si lo fuere— podrían demandar al Estado de origen de conformidad con los términos del párrafo 3 del actual artículo 29[39]. También podrían coexistir ambas posibilidades, esto es, para el Estado afectado la de iniciar negociaciones para la eventual indemnización o bien demandarla en los tribunales del Estado afectado, y para los particulares la de esperar a que su Estado haga efectiva la negociación o bien iniciar directamente la demanda. Los particulares, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 29, tendrían la opción entre los tribunales del Estado de origen o los del Estado afectado.

54. En los casos de daños causados al medio ambiente del Estado afectado, éste sería el único que podría litigar ante los tribunales competentes, puesto que las personas privadas no tendrían acción para ello, a menos que del deterioro al medio ambiente surgieran daños a sus personas o a sus bienes, en cuyo caso tendrían abierta la vía normal. En un reciente proyecto relativo a los elementos que podrían incluirse en un protocolo sobre responsabilidad, propuesto para el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, se establecen en el punto X (Procedimientos de reclamación) las siguientes disposiciones:

La reclamación por daños se hará principalmente por conducto de los tribunales nacionales

---

[34] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

[35] Véase nota 26 *supra*.

[36] Véase nota 30 *supra*.

[37] El texto inglés figura en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.; extractos figuran en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 203 y ss., documento A/5409, párrs. 1049 a 1054.

[38] Véase nota 24 *supra*

[39] Véase nota 43 *infra*

Para la determinación de los gastos de las operaciones de limpieza y las medidas correctivas, *así como para la valoración de los daños sufridos en el medio ambiente**, podría estudiarse la posibilidad de adoptar un método internacionalizado, por ejemplo:

a) Tribunales nacionales, asistidos por un órgano internacional de asesoramiento técnico al que se consultaría en forma opcional u obligatoria;

[...]

d) Una comisión internacional con jurisdicción exclusiva[40].

55. En otras palabras, tratándose de problemas como los que plantea el medio ambiente, que podrían exceder la capacidad normal de los tribunales ordinarios, éstos contarían con la intervención —facultativa u obligatoria— de un órgano internacional de asesoramiento técnico. El punto X del proyecto citado en el párrafo anterior prevé la posibilidad de una jurisdicción específica para el medio ambiente, que adopte la forma de una comisión o tribunal internacional. Esta idea se parece a la que se recomienda en el Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones del Comité permanente sobre responsabilidad por daños nucleares, de 15 de febrero de 1991, que propone un nuevo artículo XI A que modifique la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares. Esta modificación consistiría en crear un tribunal internacional que tendría competencia si las partes interesadas otorgaran su consentimiento luego de producido el incidente, según diferentes alternativas (ciertas mayorías o unanimidad de las partes) que se someten a la decisión de la eventual Conferencia que modifique las convenciones de Viena y de París[41]. Los particulares y los Estados podrían litigar sin inconvenientes ante esta comisión o tribunal.

56. En tales circunstancias, el artículo 21 debería adoptar un lenguaje que reflejase las alternativas expuestas, que quedarían sujetas a la negociación que eventualmente pudiera tener lugar. Todo ello en la inteligencia de que es la responsabilidad causal la que inspira la norma de este artículo, lo que significa que, si no hay dudas en cuanto al vínculo de causalidad entre la actividad y el daño transfronterizo de que se trate, correspondería indemnizarlo en principio. La negociación que tenga lugar partirá de esa premisa y se centrará más bien en el «quantum» de la indemnización; si la vía elegida es la de un tribunal, también será aplicable la responsabilidad causal.

3. La participación de organizaciones internacionales (art 22)

57. El artículo 22 quedaría sustancialmente igual, teniendo sin embargo en cuenta algunas modificaciones de redacción propuestas durante el debate en la Sexta Comisión. Por ejemplo, en lugar de «podrá darse intervención a una organización [organismo] internacional», debe decir que tal organización [organismo] «podrá actuar».

4. Reducción de la reparación (art 23)

58. El artículo 23, no obstante su cierta heterodoxia, no suscitó objeciones de fondo. También habría que contemplar en esta disposición los cambios previstos en cuanto a los responsables de la reparación, y limitar este artículo únicamente a los casos de responsabilidad del Estado. La frase entre corchetes pasaría al comentario, según se observó acertadamente en los debates últimos.

5. El daño al medio ambiente (art 24)

59. Las disposiciones del artículo 24 podrían pasar a formar parte del artículo sobre el daño en general, del cual constituirían uno o dos de sus párrafos. Habría que tener en cuenta que la última parte del párrafo 1 del artículo 24 fue objetada desde varios sectores, puesto que la compensación se limitaría a las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o por tomarse, así como al lucro cesante.

6. Responsabilidad mancomunada (art. 25)

60. En los debates recientes sobre el artículo 25 se mostró preferencia por la variante B. Este artículo, a diferencia de los artículos 26 y 27 que se aplican indiferentemente al Estado o al explotador responsables, podría desdoblarse y admitirse la responsabilidad solidaria en el caso de los responsables privados. La mayoría de las convenciones sobre la responsabilidad por daños transfronterizos consagran, en esos casos, la solidaridad mancomunada de los responsables[42].

7. Excepciones y prescripción (arts 26 y 27)

61. Los artículos 26 y 27 deberían formar parte de un capítulo separado, puesto que se aplican a toda forma de responsabilidad, ya sea ésta del explotador o del Estado.

B.—La responsabilidad civil[43]

1. Interrelación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado

62. En los debates efectuados en 1990, a los que este informe ya se ha referido en forma repetida, se hizo hincapié en la necesidad de declarar la relación existente en-

[40] Informe del Grupo de Trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos encargado de determinar los elementos que podrían incluirse en un protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, segundo período de sesiones, Nairobi, 6 a 9 de marzo de 1991, UNEP/CHW/WG.1/2/3, párrs. 27 y 28

[41] Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear

[42] El proyecto de normas del Consejo de Europa (véase nota 19 *supra*) contempla el caso de que se produzcan incidentes en varias instalaciones o sitios donde se desarrollen actividades peligrosas, y establece en principio la responsabilidad solidaria de los explotadores de dichas instalaciones o sitios, excepto cuando un explotador pueda probar que sólo una parte del daño pudo ser causado por el incidente ocurrido en su instalación o sitio

[43] El capítulo V (Responsabilidad civil) del proyecto de artículos comprende los artículos 28 a 33, que son del tenor siguiente.

(Continuación en la página siguiente.)

tre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil. A juicio del Relator Especial, hay dos tipos de relaciones: uno, el de las responsabilidades entre sí y, otro, el de las vías elegidas para hacerlas efectivas. Pues bien, el Relator Especial cree advertir tres posibilidades en este campo:

a) Una posibilidad es la que ha seguido el actual Relator Especial hasta su quinto informe inclusive; es decir, que el proyecto de artículos no se ocupara de la responsabilidad civil. ¿Qué significaba eso? Que el instrumento proyectado trataría de la responsabilidad del Estado exclusivamente y de la vía diplomática, constituyendo la negociación entre Estados el medio para hacer efectiva dicha responsabilidad. Por otro lado, al no prohibir el uso de la vía interna, destinada a hacer efectiva la responsabilidad de los particulares, así como eventualmente la del Estado, se dejaba a los damnificados la posibilidad de utilizar esa vía, quedando naturalmente sujetos a lo que estableciera la legislación interna en cuanto a la responsabilidad civil, el acceso a los tribunales internos, la aplicación de la ley, etc. La introducción, en este contexto, del principio de la no discriminación contenido en el artículo 10[44] militaría naturalmente en contra de la posibilidad de que en algunas legislaciones particulares no estuviera contemplado el acceso a los tribunales internos y que, por ende, las víctimas en los Estados afectados no pudieran utilizar la vía interna en el Estado de origen de que se tratara. Pero, si el proyecto de artículos no hiciera referencia específica a la responsabilidad civil, acaso aquel principio perdería algo de su eficacia en esta esfera;

b) En el proyecto sólo se regularía la interrelación existente entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil, pero no se reglamentaría ningún aspecto de esta última. En ese caso, la Comisión sólo establecería la prioridad que correspondería a una o a la otra responsabilidad, así como los asuntos en que debiera elegirse la vía diplomática y aquellos en que se pudiera recurrir a los tribunales de derecho interno. Por lo demás, la situación de las víctimas prevista en el párrafo *a supra* se repetiría en la misma forma en este caso;

c) La tercera posibilidad es la que sigue el proyecto de artículos que figura en el sexto informe, a saber que, además de reglamentar la interrelación existente entre las dos responsabilidades mencionadas, el proyecto contiene algunas otras disposiciones relativas a la responsabilidad civil tendientes a crear, dentro del sistema del tratado, una reglamentación que asegure la aplicación del principio de la no discriminación (igual acceso), la aplicación de la ley nacional de conformidad con ciertas normas, y otras garantías mínimas en la utilización de la vía interna.

63. En el sexto informe, el artículo 28 determinaba básicamente una simple coexistencia de ambas vías, de tal manera que si el Estado afectado elegía representar a los particulares damnificados podía hacerlo sin esperar a que éstos hubieren iniciado, y menos agotado, los recursos internos que de hecho están disponibles en muchas de las legislaciones nacionales de los países que componen la comunidad internacional (párr. 1). Asimismo, nada se oponía en los artículos, como se preveía en la segunda parte (párr. 2) de la misma disposición, a que el Estado o el particular afectado presentaran una demanda de indemnización ante los tribunales del Estado de origen o, si se trataba de particulares, también ante los tribunales del Estado afectado. En todo caso, una misma reclamación no podía interponerse simultáneamente en ambas vías, la diplomática y la del derecho interno. En la parte del actual informe correspondiente a la responsabilidad del Estado, se ha sugerido que la relación entre ambas responsabilidades sea de tal modo que, en primer térmi-

(*Continuación de la nota 43*)

«*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 fundamendales 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 »

[44] Véase nota 10 *supra*

no, deba invocarse la responsabilidad de la persona privada responsable, y en forma subsidiaria la del Estado. La elección de la vía dependerá de las circunstancias. Se podría recurrir a la negociación cuando los responsables no pudieran ser identificados, aunque normalmente será la vía de los tribunales internos (o del tribunal internacional, si se acepta esta noción para los daños causados al medio ambiente) la que habrá de ponerse en movimiento. Por lo demás, siempre hay que tener presente la posibilidad de que el Estado entable una reclamación en caso de denegación de justicia; por consiguiente, debería establecerse que el Estado, salvo en los casos de negociación ya examinados, tendrá que esperar a que se agoten los recursos internos antes de recurrir a la protección diplomática.

64. Según esta lógica, el capítulo V debe colocarse antes del actual capítulo IV, y procede modificar el artículo 28 de forma de establecer una distinción, en su actual párrafo 1, entre el caso en que haya una reclamación por denegación de justicia y los casos en que el Estado inicie una reclamación basada en los presentes artículos. El artículo 28 figuraría en la parte relativa a la responsabilidad del Estado, aunque si un Estado litigara en los tribunales de otro Estado estaría utilizando la vía interna.

2. El «encauzamiento» *(channelling)* de la responsabilidad

65. En los debates se observó que había que identificar a las personas sobre las que recaía la responsabilidad. ¿Por qué no encauzar (para utilizar un equivalente del concepto inglés de *channelling*) la responsabilidad como lo hacen la mayor parte de las convenciones existentes en materia de responsabilidad civil por daños transfronterizos? Por tanto, se sugirió que el explotador era la persona más adecuada para recibir la atribución de responsabilidad. Sin embargo, diversos instrumentos erigen a diversas personas como responsables. Por ejemplo, en los «elementos» que se desprenden del protocolo de responsabilidad, propuesto para el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, la responsabilidad se atribuiría, según algunos expertos al generador, con la posibilidad de imputar una responsabilidad subsidiaria (y solidaria) al eliminador en ciertos casos[45]. Según otros expertos, la atribución de responsabilidad correspondería a quien se encargase del movimiento transfronterizo o la eliminación de los desechos, o que dispusiera tales operaciones (también eventualmente con solidaridad mancomunada). Según este enfoque, las personas imputables serían el o los generadores, exportadores, agentes intermediarios, importadores y eliminadores[46]. El apartado *b* del artículo 2 de la Convención europea sobre la responsabilidad derivada de productos que causen lesiones corporales o la muerte imputa la responsabilidad al «productor». Pero luego, en el párrafo 2 del artículo 3, hace extensivo el concepto de «productor» al que ha importado un producto para ponerlo en circulación en el curso de un negocio, así como a cualquier persona que lo ha presentado como su producto al ponerle su nombre, marca de comercio *(trademark)* u otra característica distinguible. En otros casos, si no hay «productor», el responsable es el «abastecedor». La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares encauza la responsabilidad hacia el explotador (artículo II, párr. 1); pero, en ciertos casos (artículo II, párr. 2), un transportista de sustancias nucleares o una persona que manipule desechos radiactivos pueden ser considerados explotadores y, por ende, responsables. Asimismo, según el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, el propietario del navío en el momento del incidente (o del primer incidente si hay una serie) es el responsable de todos los daños causados por contaminación. El artículo 5 de la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carreteras, ferrocarril y buques fluviales, de 1989, atribuye la responsabilidad al porteador en el momento del incidente. En el artículo 4 del proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños causados por embarcaciones pequeñas[47], se prevé la responsabilidad del propietario de la embarcación y del que la usa. Tratándose de artículos llamados a una aplicación tan general como los presentes, se podría utilizar la técnica empleada en un proyecto del Comité de Expertos en indemnización por daños causados al medio ambiente, del Consejo de Europa, cuyo párrafo 1 del artículo 6 dispone que, salvo lo previsto en el artículo 8 y en el artículo 9, «el explotador de una actividad peligrosa mencionada en los apartados *a* a *d* del párrafo 1 del artículo 2 será responsable del daño causado por la actividad como resultado de incidentes ocurridos en el momento o durante el período en que él controle esa actividad»[48]. A su vez, el párrafo 6 del artículo 2, que define al «explotador» como «la persona que ejerce el control real de una actividad peligrosa», aparece entre corchetes, sujeto a decisión posterior[49]. Por último, el Código de conducta de la CEPE sobre la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas[50] estipula, en el párrafo 4 del artículo XV, lo siguiente:

> A fin de asegurar una indemnización oportuna y adecuada de todos los daños ocasionados por la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas, los países deberían, de conformidad con su

[45] Véase Informe del Grupo de Trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos encargado de determinar los elementos que podrían incluirse en un protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, primera reunión, Ginebra, 2 a 6 de julio de 1990 (UNEP/CHW/WG 1/3, cap IV, párrs 13 a 15)

[46] *Ibid*

[47] Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Revue de droit uniforme* (Roma), 1981, vol I, pág 70

[48] CJ-EN (91) 1, pág 24

[49] En el comentario al párrafo 6 del artículo 2 (*ibid.*, pág. 9, párrs 31 y 32), se dice lo siguiente

> «El CJ-EN señaló que el Grupo de Trabajo, luego de estudiar posibles definiciones (por ejemplo, la persona que está a cargo de una actividad peligrosa, la persona que tiene el control general), resolvió que esta cuestión debía examinarse más detenidamente y pidió a los expertos que enviasen observaciones y propuestas por escrito para la adopción de un nuevo texto
>
> »El CJ-EN decidió mantener esta disposición entre corchetes y examinar la cuestión a la luz de cualesquiera observaciones o propuestas que el Grupo de Trabajo presentara por escrito »

[50] 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 ° de venta F 90 II E 28)

legislación interna, prever medidas para identificar a las personas naturales o jurídicas responsables de los daños emanados de las actividades peligrosas. Salvo que se disponga lo contrario, el explotador debe considerarse responsable; y, en los casos en que sean responsables más de una organización o persona, dicha responsabilidad debe ser conjunta y solidaria.

66. La solución adoptada en el sexto informe consistió en no entrar a identificar a las personas responsables y dejar ese cometido en manos del juez de la causa, guiado por los principios de su legislación nacional. En efecto, según el actual artículo 30, la ley aplicable es el derecho nacional del tribunal competente que, por ende, debe regir en tales casos. Nuestra elección debería ser entre dejar esa fórmula o bien introducir algún criterio adicional para que el tribunal pudiera decidir mejor, como, por ejemplo, sería «encauzar» la responsabilidad hacia quien tuviera el *control** de la actividad en el momento de ocurrir el incidente, a menos que la ley nacional atribuyese claramente la responsabilidad —según la actividad de que se trate— a ciertas otras personas. En ese sentido, habría cierta latitud y sería recomendable alguna flexibilidad para no trabar la acción judicial.

3. Miscelánea

67. También debería incluirse en la presente sección lo relativo a una pluralidad de explotadores (para los que la responsabilidad sería solidaria, según se recomienda en el Código de conducta mencionado en el párrafo 65 *supra* y se sigue en muchas otras convenciones y proyectos sobre la responsabilidad civil). Las causales de exención de responsabilidad, que serían las previstas en el actual artículo 26[51], también serían materia de artículos que abarcaran la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado, como se sugiere más arriba. La prescripción establecida en el artículo 27[52] podría también ser aplicable tanto al Estado como a las personas privadas responsables. Eventualmente, cabría asimismo la posibilidad de autorizar por ley nacional[53] la limitación del monto de la compensación.

68. Los artículos 29 y 30 parecen necesarios y convenientes por las razones expuestas más arriba. Se ha sugerido que el artículo 31 debería armonizarse con las correspondientes disposiciones del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes que la CDI examina[54]. Los artículos 32 y 33 no han sido objeto de observaciones. De todos modos, su utilidad consiste en mejorar la aplicación de los otros artículos y en posibilitar la «pronta y adecuada indemnización» que busca otorgar el proyecto.

[51] Véase nota 33 *supra*.

[52] *Ibid.*

[53] «ALTERNATIVA I:

»Las disposiciones del derecho interno pueden limitar la responsabilidad del explotador a una suma máxima [siempre que dicha suma no se fije a un nivel inferior al que pueda razonablemente ser cubierto por el seguro o por un mecanismo financiero análogo].

»ALTERNATIVA II.

»1. La responsabilidad del explotador por las reclamaciones emanadas de cualquier incidente individualmente considerado puede estar limitada por las disposiciones de derecho interno. Sin embargo, este límite no será inferior a:

»*a*) respecto de las reclamaciones por muerte o lesiones personales...

»*b*) respecto de las reclamaciones por cualquier otro daño...

»2. El explotador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad con arreglo a la presente Convención si se demuestra que el daño tuvo su origen en un acto u omisión suyos o en un acto u omisión de sus empleados o agentes, cometidos con intención de causar el daño o en forma temeraria y sin saber que probablemente habría de producirse dicho daño, siempre que, en el caso de que dicho acto u omisión correspondiese a un empleado o agente, se demuestre también que actuó dentro de la esfera de sus funciones.»

[54] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), párrs. 217 a 228 y nota 121.

RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (SEGUNDA PARTE DEL TEMA)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/438*

Quinto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial

[Original: español]
[7 de mayo de 1991]

ÍNDICE

			Párrafos	Página
Acuerdos y tratados citados en el presente informe				94
I.	INTRODUCCIÓN		1-2	96
II.	ARCHIVOS		3-45	97
	A.	Exposición del tema	3-43	97
	B.	Proyecto de artículo 12	44-45	101
III.	FACILIDADES EN MATERIA DE PUBLICACIONES Y COMUNICACIONES		46-156	101
	A.	Observaciones preliminares	46-47	101
	B.	Publicaciones	48-65	102
		1. Consideraciones generales	48-49	102
		2. La práctica	50-65	102
	C.	Comunicaciones	66-155	104
		1. Definición y textos jurídicos	66-93	104
		2. Los medios de comunicación	94-155	108
		a) Consideraciones generales	94-102	108
		b) Códigos	103-106	109
		c) La valija diplomática	107-120	109
		d) Correos diplomáticos	121	111
		e) Servicios postales	122-128	111
		f) Telecomunicaciones y servicios de radiodifusión	129-155	112
	D.	Proyectos de artículos 13 a 17	156	114

* Este documento reemplaza al informe parcial distribuido durante el 42.° período de sesiones de la Comisión con la signatura A/CN.4/432.

Acuerdos y tratados citados en el presente informe

ABREVIATURAS

Textes législatifs Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant le statut juridique, les privileges et immunités d'organisations internationales*, 2 vols (N ° de venta 60 V.2 y 61 V 3)

Relaciones diplomáticas

	Fuente
Convención relativa a los funcionarios diplomáticos (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLV, pág 260
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 500, pág 162
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	*Ibid*, vol 596, pág 392

Prerrogativas e inmunidades y acuerdos de sede

NACIONES UNIDAS

Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Londres, 13 de febrero de 1946)	Resolución 22 A (I) de la Asamblea General
Naciones Unidas-Suiza —Arrangement provisoire sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (Berna, 11 de junio de 1946)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 1, pág 163
Naciones Unidas-Estados Unidos de América — Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas (Lake Success, 26 de junio de 1947)	*Ibid*, vol 11, pág 11, el texto español figura en la resolución 169 (II) de la Asamblea General, de 31 de octubre de 1947
Naciones Unidas-Chile —Convenio entre el Gobierno de Chile y la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas para regular las condiciones de funcionamiento, en Chile, de la sede de esta Organización (Santiago, 16 de febrero de 1953)	*Ibid*, vol 314, pág 50
Naciones Unidas-Tailandia —Accord relatif au siège de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient en Thaïlande (Ginebra, 26 de mayo de 1954)	*Ibid*, vol 260, pág 35
Naciones Unidas-Egipto —Échange de lettres constituant un accord sur le statut de la Force d'urgence des Nations Unies en Egypte (Nueva York, 8 de febrero de 1957)	*Ibid*, pág 61
Naciones Unidas-Etiopía —Accord relatif au siège de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (Addis-Abeba, 18 de junio de 1958)	*Ibid*, vol 317, pág 101
Naciones Unidas-Congo (Léopoldville) —Accord concernant le statut juridique et les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies au Congo (Nueva York, 27 de noviembre de 1961)	*Ibid.*, vol 414, pág 229
Naciones Unidas-Chipre —Échange de lettres constituant un accord relatif au statut de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre (Nueva York, 31 de marzo de 1964)	*Ibid*, vol 492, pág 57

ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y ORGANISMO INTERNACIONAL DE ENERGIA ATOMICA

	Fuente
Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (Washington, 27 de diciembre de 1945)	Texto modificado FMI, *Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional*, Washington (D C), 1978
Convenio constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Washington, 27 de diciembre de 1945)	Texto modificado BIRF, *Convenio constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento*, Washington (D C), 1980
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 33, pág 329.
Suiza-OIT —Accord concernant le statut juridique en Suisse de l'Organisation internationale du Travail, et Arrangement d'exécution de l'Accord (Ginebra, 11 de marzo de 1946)	*Ibid.*, vol 15, pág 377
Suiza-OMS —Accord concernant le statut juridique de l'Organisation mondiale de la santé, et Arrangement d'exécution de l'Accord (Ginebra, 17 de julio de 1948)	*Ibid*, vol 26, pág 331
Italia-FAO —Agreement regarding the Headquarters of the Food and Agriculture Organization of the United Nations [Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture] (Washington [D C], 31 de octubre de 1950)	*Textes législatifs*, vol II, pág 187
OACI-Canadá —Accord relatif au siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale (Montreal, 14 de abril de 1951)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 96, pág 155
Argentina-Oficina Panamericana de la Salud —Accord relatif à l'établissement d'un bureau de zone à Buenos Aires (Buenos Aires, 21 de agosto de 1951)	*Textes législatifs*, vol II, pág 290 (el texto español fue proporcionado por la OPS)
Egipto-FAO —Accord relatif au Bureau régional pour le Proche-Orient de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (17 de agosto de 1952)	*Ibid*, pág 212
UNESCO-Francia —Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et à ses privilèges et immunités sur le territoire français (París, 2 de julio de 1954)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 357, pág 3.
OMM-Suiza —Accord pour régler le statut juridique de l'Organisation météorologique mondiale (Ginebra, 10 de marzo de 1955)	*Ibid*, vol 211, pag 271
OACI-México —Accord relatif au Bureau régional de l'Organisation de l'aviation civile internationale pour l'Amérique du Nord et les Caraïbes (Ciudad de México, 20 de diciembre de 1956)	*Textes législatifs*, vol II, pág 180 (el texto español fue proporcionado por la OACI)
Tailandia-FAO —Accord relatif au Bureau régional pour l'Extrême-Orient de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (entró en vigor el 6 de febrero de 1957)	*Ibid*, pág 220

*
* *

Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades del Organismo Internacional de Energía Atómica (Viena, 1 ° de julio de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites* vol 374, pag 173
OIEA-Austria —Acuerdo relativo a la sede del Organismo Internacional de Energia Atómica (Viena, 11 de diciembre de 1957)	*Ibid*, vol 339, pag 214

OTRAS ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES

	Fuente
Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos (Washington, 15 de mayo de 1949)	OEA, Serie sobre Derecho y Tratados, N ° 21, Washington (D C), 1949
Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa (París, 2 de septiembre de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 250, pág 13
Convención sobre los privilegios e inmunidades de la Liga de Estados Arabes (10 de mayo de 1953)	*Textes législatifs*, vol II, pág 414
Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo (Washington [D C], 8 de abril de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 389, pág 145

Acuerdos postales

Naciones Unidas-Suiza —Arrangement pour la fourniture de timbres de service à l'Office européen des Nations Unies à Genève (Ginebra, 14 de septiembre de 1949)	*Ibid*, vol 43, pág 327
Naciones Unidas-Estados Unidos de América —Accord postal (Nueva York, 28 de marzo de 1951)	*Ibid*, vol 108, pág 231
Naciones Unidas-Líbano —Échange de lettres constituant un accord relatif aux services postaux de la Force d'urgence des Nations Unies (Gaza, 21 de diciembre de 1957 y 5 de febrero de 1958, Beirut, 20 de enero de 1958)	*Ibid*, vol 286, pág 199
Naciones Unidas-Suiza —Accord postal (Ginebra, 11 de diciembre de 1968)	*Ibid*, vol 692, pág 373

Telecomunicaciones

Naciones Unidas-Suiza —Échange de lettres des 22 octobre et 4 novembre 1946, annexé à l'Arrangement provisoire du 11 juin 1946	*Textes législatifs*, vol I, págs 202 a 204
Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Atlantic City, 1947 (2 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 193, pág 189
Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Buenos Aires, 1952 (22 de diciembre de 1952)	UIT, *Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Buenos Aires, 1952*, Ginebra (1953)
Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Ginebra, 1959 (21 de diciembre de 1959)	UIT, *Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Ginebra, 1959*, Ginebra (1960)
Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Montreux, 1965 (12 de noviembre de 1965)	UIT, *Convenio Internacional de Telecomunicaciones Montreux, 1965*, Ginebra (1966)

I.—Introducción

1. Exceptuada la sección en que figura el texto de los proyectos de artículos 13 a 17 propuestos, este informe fue presentado a la Comisión de Derecho Internacional en su 42.° período de sesiones en calidad de documento A/CN.4/432 Por falta de tiempo, el informe no pudo ser presentado por el Relator Especial ni considerado por la Comisión[1] En consecuencia, el informe fue presentado nuevamente, en su forma actual, en el 43 ° período de sesiones de la Comisión

2 El presente informe consta de dos partes La primera parte se refiere a los archivos de la organizaciones internacionales y contiene un artículo sobre esta cuestión que completa la parte III del proyecto de artículos (Bienes, fondos y haberes) La segunda parte versa sobre las publicaciones y comunicaciones de las organizaciones internacionales y contiene disposiciones que constituyen la parte IV del proyecto de artículos (Facilidades en materia de publicaciones y comunicaciones)

[1] *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), pág 92, párr 422

II.—Archivos

A.—Exposición del tema

3. Al igual que los Estados, las organizaciones internacionales están en comunicación permanente con los Estados miembros así como entre ellas. Mantienen una nutrida correspondencia con instituciones públicas y privadas, así como con particulares. Conservan los expedientes relativos a su personal y a los proyectos, estudios y cualquier otro tipo de actuación en que se encuentran involucradas para la consecución de los fines para los cuales han sido creadas. Por último, poseen una serie de documentos constitutivos del nervio mismo de su funcionamiento.

4. La conservación y la custodia de toda esa documentación es lo que constituye los archivos de las organizaciones internacionales. Las organizaciones internacionales intergubernamentales deben gozar necesariamente de la inviolabilidad de sus archivos para preservar, defender y garantizar el carácter confidencial de esos archivos, así como para salvaguardar tanto su propia seguridad, su derecho a la intimidad y al dominio privado como para preservar la seguridad y el carácter privado de la documentación que les ha sido dirigida o confiada, en particular por los Estados miembros.

5. Al igual que los Estados, las organizaciones internacionales, sujetos del derecho internacional, gozan de la inviolabilidad de sus archivos.

6. En lo referente a los Estados, la inviolabilidad de los archivos se halla íntimamente ligada a la inviolabilidad de los locales diplomáticos. El principio se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas:

Artículo 24

Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen.

7. De la misma manera, la inviolabilidad de los archivos de las organizaciones internacionales se encuentra estrechamente vinculada a la inviolabilidad de los locales que ocupan. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas[2] enuncia, en el artículo II, secc. IV, el principio de la inviolabilidad de los archivos en una forma un poco más extensa:

Los archivos de la Organización, y en general todos los documentos que le pertenezcan o se hallen en su posesión, serán inviolables dondequiera que se encuentren.

Se trata, pues, no solamente de todos los documentos de la Organización, sino, además, de aquellos que se encuentran en su posesión, es decir, bajo su custodia.

8. La noción de archivos de las organizaciones internacionales se ha precisado en varios instrumentos internacionales concertados por algunas organizaciones internacionales, en particular, en el Convenio celebrado entre las Naciones Unidas y Chile relativo a la sede de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL)[3]. Según el inciso *g* de la secc. 1 del artículo I de dicho Convenio:

g) La expresión «los archivos de la CEPAL» significa las actas, correspondencia, documentos, manuscritos, fotografías, películas cinematográficas y grabaciones sonoras de propiedad de la CEPAL o en su posesión.

9. La Convención de Viena sobre relaciones consulares adopta una definición análoga en el apartado *k* del párrafo 1 de su artículo 1, que dispone que se entenderá:

k) por «archivos consulares», todos los papeles, documentos, correspondencia, libros, películas, cintas magnetofónicas y registros de la oficina consular, así como las cifras y claves, los ficheros y los muebles destinados a protegerlos y conservarlos

10. El Comité de Ministros del Consejo de Europa hizo suya la anterior definición[4], y el artículo 31 del reglamento de la Comisión de las Comunidades Europeas de 1.° de julio de 1969, relativo al correo y los archivos, especifica que los archivos comprenden expedientes y colecciones.

11. Se trata, pues, de proteger no solamente el secreto sino, además, el lugar donde se guarda ese secreto. En el caso de las misiones diplomáticas y consulares, el Estado receptor no sólo está en la obligación de no tratar de penetrar este secreto, sino asimismo de protegerlo mediante el respeto del lugar donde se conserva, e inclusive de impedir que terceros puedan violarlo. Es el derecho al «secreto», definido por Paul Reuter en un célebre artículo sobre este problema, cuando expresa: «...no existen personalidad ni libertad sin una cierta intimidad, sin una cierta "interioridad", sin una pantalla protectora que esconde al público cierto número de secretos»[5].

12. El artículo 24 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (véase párr. 6 *supra*) se refiere únicamente a la inviolabilidad de los archivos. No hace mención alguna a la obligación del Estado receptor de protegerlos contra terceros. Sin embargo, se ha sobreentendido siempre que la regla consagrada por la costumbre, según la cual el Estado receptor está obligado a proteger los archivos de una misión, permanece en vigor (apartado *d* del artículo 14 de la Convención de La Habana relativa a los funcionarios diplomáticos). Igualmente el proyecto de convención de la Harvard Law School sobre los privilegios y las inmunidades diplomáticas[6] prevé, en el artículo 5, que el Estado receptor «protegerá los archivos de una misión contra toda violación, y sal-

[2] Denominada en adelante «Convención General»

[3] Ahora denominada «Comisión Económica para América Latina y el Caribe»

[4] Consejo de Europa, *Privilèges et immunités des organisations internationales*, resolución 69 (29) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de septiembre de 1969, e informe explicativo, Estrasburgo, 1970, pág 29, párr 50

[5] P. Reuter, «Le droit au secret et les institutions internationales», *Annuaire français de droit international, 1956*, París, vol. II, pág. 60

[6] Harvard Law School, *Research in International Law*, I. *Diplomatic Privileges and Immunities*, Cambridge (Mass), 1932, págs. 15 y ss.

vaguardará su carácter confidencial, dondequiera que se encuentren esos archivos en el territorio del Estado receptor».

13. Este deber de protección se infiere, sin lugar a dudas, del comentario de la Comisión relativo al artículo 22 (Inviolabilidad de los archivos) del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas[7], que sirvió de base de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.

14. Reuter, en el artículo citado, va más lejos, al relacionar estrechamente la autonomía, elemento esencial para el cabal funcionamiento de una organización internacional, con el derecho a la intimidad. En efecto, el autor dice que un cierto derecho a la intimidad sanciona igualmente la autonomía del grupo; sin intimidad no hay libertad, sin libertad no hay autonomía[8].

15. No parece existir ninguna razón válida que impida aplicar esta regla a los archivos pertenecientes a las organizaciones internacionales.

16. Cahier planteó la cuestión de saber si era necesario que la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas consagrara un artículo especial a la inviolabilidad de los archivos[9]. En efecto, se ha argumentado que podría pensarse que, al ser inviolables los locales, la inviolabilidad de los archivos se encontraba automáticamente asegurada. Tanto la CDI como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, de 1961, consideraron que era necesaria una disposición particular, ya que puede darse el caso, como en la práctica ha sucedido, de que los archivos de la misión no se encuentren en los locales ocupados por ésta, aun cuando sea en forma transitoria. En definitiva, se trata en la materia de un deber particular de vigilancia y de protección[10].

17. Esta inviolabilidad es absoluta, pues se sigue aplicando a las misiones diplomáticas aun en caso de guerra o de ruptura de relaciones diplomáticas. La doctrina cita algunos casos, considerados como típicos en la materia. El primero de ellos se refiere a los archivos de la antigua Legación Imperial de Rusia en Berna. Como no había relaciones diplomáticas entre los gobiernos soviético y suizo, las autoridades helvéticas colocaron bajo sello los archivos de la Legación y se negaron a abrirlos para realizar pesquisas en ellos en beneficio de intereses privados[11].

18. El principio de la inviolabilidad de los archivos ha sido desconocido en algunas oportunidades, aun cuando no con mucha frecuencia. Los dos casos más graves registrados por la doctrina se refieren al registro llevado a cabo por las autoridades francesas en los archivos de la Nunciatura Apostólica en París, el 11 de diciembre de 1906, después de la ruptura de relaciones diplomáticas entre la Santa Sede y Francia acaecida el 30 de julio de 1904, y la violación de los archivos de la Embajada británica en Petrogrado por el Gobierno soviético en 1918[12].

19. Fuera de estos casos esporádicos, pertenecientes a la historia, el principio ha sido universalmente acatado. Las Naciones Unidas, por su parte, han interpretado la sección 4 del artículo II de la Convención General en el sentido de que implica necesariamente la inviolabilidad de la información que figura en los archivos y documentos, así como de los propios archivos y documentos[13].

20. En relación con los sumarios incoados contra los miembros del personal de las Naciones Unidas, en varias oportunidades se han planteado cuestiones relativas a la inviolabilidad de los documentos de la Organización. En marzo de 1949, la policía de los Estados Unidos detuvo a un funcionario de la Secretaría de las Naciones Unidas bajo la acusación de espionaje. El Representante Permanente del Estado del cual ese funcionario era nacional protestó contra esa medida, basándose en que el afectado tenía categoría de tercer secretario del Ministerio de Relaciones Exteriores de su país y que, en consecuencia, la inviolabilidad diplomática que le amparaba permanecía en vigor, aun después de su nombramiento en las Naciones Unidas. Además, el Representante Permanente alegó que se habían comunicado informaciones contenidas en los archivos de las Naciones Unidas a funcionarios de la Oficina Federal de Investigación (FBI). El Secretario General contestó que la información sobre la posición del funcionario se había comunicado exclusivamente a su abogado.

21. Una situación algo diferente se produjo en el asunto *Estado Unidos* c. *Keeney*, en el cual la acusada fue procesada por desacato al Congreso de los Estados Unidos por negarse a responder, al testimoniar ante una subcomisión del Senado, a la pregunta de si algún miembro del Departamento de Estado de los Estados Unidos la había ayudado a obtener empleo en las Naciones Unidas. La cuestión principal consistió en determinar si la acusada, por su condición de antigua funcionaria de las Naciones Unidas, quedaba eximida de contestar a la pregunta. El Tribunal de distrito decidió que debía denegarse su petición de exención[14]. Sin embargo, el Tribunal de apelación anuló la sentencia anterior y concedió un nuevo juicio basándose en que la Carta de las Naciones Unidas y el Reglamento del Personal de la Organización eximían de contestar a la pregunta hecha por la subcomisión, por cuanto la respuesta dependía de datos que figuraban en los archivos de las Naciones Unidas o de información procedente de los mismos, y en que, por lo tanto, no podía ser revelada legalmente por un funcionario. Uno de los magistrados del Tribunal declaró que la cuestión planteada

[7] *Anuario... 1958*, vol II, pág. 103, documento A/3859.

[8] Reuter, *loc. cit.*, pág 61

[9] Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Ginebra, Droz, 1962, págs. 209 y 210.

[10] Véase Ch. Rousseau, *Droit international public*, tomo IV, *Les relations internationales*, París, Sirey, 1980, pág. 183.

[11] Véase la carta del Departamento Político suizo, de fecha 10 de enero de 1923, *Répertoire suisse de droit international public*, vol. III, Berna, 1975, págs. 1501 y ss.

[12] Véase Rousseau, *op. cit*, pág 184

[13] Véase el estudio preparado por la Secretaría en 1967 sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades, *Anuario .. 1967*, vol. II, pág 247, documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2, párr. 132

[14] Fallo de 17 de marzo de 1953 del Tribunal de distrito del Distrito de Columbia, *Federal Supplement*, vol III, 1953, pág 223

se refiere a «informaciones no publicadas» Las Naciones Unidas no hacen públicas las recomendaciones en las que están basados los nombramientos del personal El Manual Administrativo de las Naciones Unidas establece incluso que la información no publicada se extiende al nombramiento (de) un miembro del personal o a cualquier otra información relativa a éste Me parece evidente que los miembros del personal no habrían dispuesto de tal información confidencial y no publicada si no hubiesen «tenido conocimiento de ella en razón de su cargo oficial»[15]

22. Las últimas palabras de la cita del magistrado procedían del artículo 7 del Reglamento del Personal de las Naciones Unidas (ahora artículo 1.5 del Estatuto del Personal), el cual establece que los funcionarios se abstendrán de comunicar informaciones que no se hubiesen hecho públicas «excepto en el desempeño de sus funciones o cuando los autorice para ello el Secretario General» El Tribunal también declaró, invocando el párr 2 del Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, que los privilegios de no revelar información, que se aplicaban a los funcionarios, eran «necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización»[16]

23 Ha habido casos, sin embargo, en que se proporcionó información, sin que ello implicara acceso a los archivos de las Naciones Unidas Tal es el caso planteado en 1956 Una persona que había obtenido un empleo de corta duración en las Naciones Unidas presentó una reclamación ante las autoridades de los Estados Unidos por prestaciones de seguro de desempleo Se planteó la cuestión de saber si había habido o no superposición entre el período de su empleo en las Naciones Unidas y el período con respecto al cual se había presentado la reclamación Las Naciones Unidas informaron al Departamento de Trabajo de los Estados Unidos que, aun cuando no darían acceso a los archivos de la Organización ni autorizarían la presentación y entrega del expediente de ningún funcionario, estarían dispuestas en ese caso concreto a prestar la hoja de servicios de la persona involucrada junto con un breve testimonio limitado que sirviera para explicarla[17]

24 Más recientemente, de acuerdo con las informaciones suministradas por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA, no se ha suscitado ninguna controversia con respecto al reconocimiento de la inviolabilidad de sus respectivos archivos y documentos Sin embargo, el FMI señala que sus funcionarios en misión llevan una cartera oficial para papeles y documentos y que en algunas oportunidades funcionarios de aduana han insistido en registrar la cartera, inclusive después de informárseles sobre la inviolabilidad de los archivos de la organización, y se han examinado estos documentos, inclusive los códigos En todo caso no se ha confiscado ningún documento Evidentemente el FMI ha protestado contra estas medidas y ha recibido garantías de que se evitarán estos incidentes en lo sucesivo Asimismo se han señalado algunos casos de intervención de documentos del FMI enviados por un correo privado[18]

25 Además de las convenciones generales sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, los acuerdos de sede consagran disposiciones expresas a la inviolabilidad de los archivos Esas disposiciones difieren poco en cuanto a su redacción y en el fondo consagran con mayor o menor amplitud, según los casos, el principio de la inviolabilidad de los archivos en forma absoluta Se trata especialmente de los acuerdos que a continuación se indican el Acuerdo del FMI (art IX, secc 5), el Acuerdo entre Suiza y la OMS (art 8), el Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la OEA (art 4), el Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa (art 5), la Convención sobre privilegios e inmunidades de la Liga de los Estados Arabes (art 4), el Acuerdo entre la UNESCO y Francia (párr 2 del art 14), el Acuerdo entre la OMM y Suiza (art 8), el Acuerdo entre el OIEA y Austria (secc 21 del art VIII), y el Convenio constitutivo del BID (secc 5 del art XI)

26 La inviolabilidad de los archivos de una organización internacional se presenta bajo dos aspectos diferentes En primer lugar, por razones funcionales, los archivos de la organización tienen que estar abiertos a los funcionarios de la organizacion, quienes están sujetos al secreto profesional Este aspecto interior de la organización se encuentra reglamentado por la misma Es competencia del derecho interno de la organización Las organizaciones internacionales determinan por intermedio de los mecanismos jurídicos pertinentes la utilización de sus archivos, así como las personas autorizadas para utilizarlos, al igual que reglamentan las modalidades de la utilización No corresponde a la CDI discutir o estudiar este aspecto de la cuestión

27 En segundo lugar, se trata de la inviolabilidad de los archivos de las organizaciones internacionales con respecto al exterior de ellas Es este segundo aspecto el que le compete estudiar a la CDI para cumplir el mandato que le encomendó la Asamblea General La inviolabilidad de los archivos de las organizaciones internacionales con relación al exterior de las organizaciones es, como se ha visto, absoluta, en la misma medida en que lo es en el caso de los Estados Puede decirse que, en el caso de las organizaciones internacionales, tal inviolabilidad debe ser aún más estricta, pues ella está destinada no sólo a proteger el secreto de las organizaciones internacionales en sí, sino, además, el de sus propios Estados miembros

28 De acuerdo con la doctrina y con la práctica de los Estados, las autoridades nacionales deben abstenerse de ejercer cualquier tipo de coerción administrativa o jurisdiccional, al igual que tienen la obligación de proteger los archivos de las organizaciones internacionales contra cualquier injerencia externa

[15] Véase *Keeney* c *Estados Unidos* fallo del 26 de agosto de 1954 del Tribunal de apelación del Distrito de Columbia, *Federal Reporter 2nd Series*, vol 218, 1955, págs 843 y 844

[16] *Ibid*, pág 845

[17] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*) pág 262, párr 136

[18] Vease el estudio suplementario preparado por la Secretaria en 1985 sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición juridica, sus privilegios y sus inmunidades [*Anuario 1985* vol II (primera parte), Adición, pág 205 documento A/CN 4/L 383 y Add 1 a 3 párr 69]

29. Ni aun en el caso de renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte de la organización internacional, puede obligarse a ésta a acatar las reglas nacionales de procedimiento y, en particular, la obligación de presentar documentos solicitados por los tribunales. En efecto, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, como se sabe, no conlleva la renuncia simultánea a la inmunidad de ejecución y, sin lugar a dudas, la orden de presentar ciertos documentos constituye una coacción, frente a la cual el privilegio de que goza la organización internacional es tan amplio como el acordado a los Estados extranjeros[19].

30. Jenks se ha pronunciado en forma terminante sobre esta cuestión al decir que la inviolabilidad de los archivos de las organizaciones internacionales es más fuerte ante un juez inglés que la inviolabilidad de los archivos administrativos y, en forma contundente, afirma que ningún mandato de revelar el contenido de documentos puede dictarse contra una persona jurídica internacional *(international body corporate)* que goza de la inviolabilidad de los archivos[20].

31. El Gobierno de los Estados Unidos, en el curso de una investigación concerniente a funcionarios de las Naciones Unidas de nacionalidad estadounidense, exigió de éstos la entrega de ciertos documentos pertenecientes a los archivos de la Organización, declarados inviolables por la propia ley de los Estados Unidos. El Secretario General de las Naciones Unidas se opuso a tal medida por considerarla violatoria de los archivos de la Organización. El «Gran Jurado» de los Estados Unidos encargado de la investigación no hizo objeción alguna a la posición adoptada por el Secretario General. Sin embargo, el 22 de octubre de 1952 el Secretario General formó una comisión internacional de juristas y les pidió que le dieran su opinión sobre cinco cuestiones, entre ellas la siguiente:

iv) En el curso de investigaciones emprendidas por organismos del Gobierno de los Estados Unidos, ¿deberá el Secretario General facilitar documentación de los archivos de las Naciones Unidas o autorizar a miembros del personal a responder a preguntas que se refieran a informaciones confidenciales sobre actos oficiales[21]?

32. En su dictamen de 29 de noviembre de 1952 la Comisión de Juristas contestó en los términos siguientes:

Todos los actos que se relacionan con esta cuestión indican que los archivos de las Naciones Unidas son «inviolables». En nuestra opinión, el Secretario General no debería nunca levantar este privilegio. Dudamos inclusive de que tenga tal facultad [...][22].

33. Las Naciones Unidas hacen una interpretación estricta del principio de la inviolabilidad absoluta de los archivos, conforme, por otra parte, con la legislación pertinente de los Estados Unidos, la *International Organizations Immunities Act*, que prevé que «los archivos de las organizaciones internacionales son inviolables»[23].

34. La protección de la inviolabilidad de los archivos de una organización internacional consiste para los Estados en impedir toda injerencia de personas ajenas a la organización que puedan apoderarse de los archivos o enterarse de su contenido. El Estado tiene, pues, una obligación de abstención y de protección. Tal es la regla en el derecho diplomático[24] y se aplica también en el caso de las organizaciones internacionales.

35. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas establece expresamente en su artículo 45 la protección de los archivos de las misiones diplomáticas en caso de emergencia:

Artículo 45

En caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos Estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal:

a) El Estado receptor estará obligado a respetar y a proteger, aun en caso de conflicto armado, los locales de la misión así como sus bienes y archivos

[...]

36. La misma Convención, en su artículo 24, no hace mención específica al deber del Estado receptor de proteger los archivos contra toda injerencia de terceros. Como lo indica Cahier, la redacción de este artículo es defectuosa, ya que «es evidente que esta inviolabilidad sería ilusoria si el Estado receptor no tuviese este deber de protección»[25].

37. Sin embargo, a pesar de la laguna en la Convención de Viena, se sobreentiende, como ya se observó (párr. 12 *supra*), que la regla consuetudinaria, según la cual un Estado está obligado a proteger los archivos de una misión diplomática, permanece en vigor. Así se puede deducir claramente del comentario de la CDI relativo al artículo 22 sobre la inviolabilidad de los archivos, aprobado en 1958[26].

38. Esta inviolabilidad absoluta de los archivos se puso de manifiesto en la práctica con motivo del cierre de la Legación de Alemania en Berna en 1945. Los inmuebles fueron puestos bajo la protección del Departamento Político de la Confederación Suiza y los archivos precintados[27].

39. La regla consuetudinaria se aplicó igualmente en el caso de la Legación de Rumania en Berna, la cual fue asaltada por un grupo de individuos. Los agresores ocuparon la legación durante 38 horas, entre el 15 y el 16 de febrero de 1951. Tomaron conocimiento del contenido de una serie de documentos que formaban parte de los archivos de la Legación y los destruyeron. El Gobierno suizo fue criticado por no haber tomado las medidas adecuadas con el fin de restablecer inmediatamente la inviolabilidad de los archivos de la misión. En realidad, las

[19] Véase J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, pág 169

[20] C W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, Londres, Stevens, 1962, págs 234 y 235.

[21] Véase el informe del Secretario General sobre política en materia de personal, de 30 de enero de 1953 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período de sesiones, Anexos*, tema 75 del programa, documento A/2364), párr 62

[22] *Ibid*, anexo III, secc. VII

[23] *United States Code, 1988 Edition*, vol 9, título 22, párr 288a, apartado *c*

[24] Véase Cahier, *op cit.*, págs 216 y ss

[25] *Ibid*, pág 210

[26] Véase nota 7 *supra*

[27] Cahier, *op cit*, pág 210

autoridades suizas prefirieron negociar con los agresores para no poner en peligro vidas humanas como consecuencia de un asalto por la fuerza de los locales de la Legación[28]. Sin embargo, las autoridades suizas no sólo tenían la obligación de proteger los locales de la misión, sino también la de evitar que el secreto de los archivos fuese violado.

40. En otro caso, por el contrario, Suiza cumplió a cabalidad con sus obligaciones. En efecto, en 1958, cuando dos refugiados húngaros armados penetraron en la Legación de Hungría en Berna con el fin de apoderarse de unos documentos, la policía, prevenida y autorizada por el jefe de la misión, penetró en los locales y apresó a los malhechores[29].

41. No cabe duda de que el principio tenga igualmente validez en lo referente a las organizaciones internacionales. Es evidente que en el caso en que los archivos se encuentren en los locales ocupados por una organización internacional, la protección de éstos conlleva la de la inviolabilidad de los archivos. Pero en el caso en que los archivos sean transportados fuera de los locales hay que admitir que el Estado sede deberá, eventualmente, proporcionar la protección necesaria para preservar el secreto de su contenido o permitir a la organización que ella misma asegure tal protección.

42. Los Estados miembros de una organización internacional deben, pues, abstenerse de ejercer cualquier coacción administrativa sobre las personas o los medios de transporte susceptibles de acarrear archivos. Por otra parte, no deben invocar las prerrogativas de las autoridades judiciales para penetrar el secreto de los archivos. Tienen además la obligación de proteger los archivos de las organizaciones internacionales contra la injerencia de terceros.

43. En conclusión, tanto los instrumentos internacionales, sean convencionales, acuerdos de sede e, inclusive, declaraciones o actos unilaterales (por ejemplo la *International Organizations Immunities Act* de los Estados Unidos), como la doctrina y la práctica de los Estados consagran ampliamente el principio de la inviolabilidad de los archivos de las organizaciones internacionales. El derecho a la vida privada, a la intimidad, en una palabra al secreto, es reconocido como elemento fundamental para garantizar la libertad de acción y la eficiencia funcional de las organizaciones internacionales. El respeto a la intimidad, la preservación del secreto, constituyen la base misma de la independencia de las organizaciones internacionales, de la cual deben gozar para el cabal cumplimiento de los fines para los cuales han sido creadas.

[28] *Ibid.*, págs. 217 y 218.

[29] *Ibid.*, pág. 218, nota 76.

B.—Proyecto de artículo 12

44. De acuerdo con lo expuesto, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 12

1. Los archivos de las organizaciones internacionales y, de manera general, todos los documentos de su pertenencia o que se hallen en su posesión son inviolables dondequiera que se encuentren.

2. Se entiende por archivos de las organizaciones internacionales todos los papeles, documentos, correspondencia, libros, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas, expedientes y registros de la organización internacional, así como las cifras, claves, los ficheros y los muebles destinados a protegerlos y conservarlos.

45. El párrafo 2 del artículo podría incluirse en la sección consagrada a las definiciones de los términos empleados, al comienzo del proyecto de artículos. El Relator Especial no tiene preferencia alguna al respecto, salvo, tal vez, la de obtener mayor claridad del texto mediante la inclusión de la definición de archivos en el mismo cuerpo del proyecto de artículos, sin necesidad de recurrir a la referencia a otro artículo.

III.—Facilidades en materia de publicaciones y comunicaciones

A.—Observaciones preliminares

46. Al hablar de libertad de comunicaciones, referida a las organizaciones internacionales, no se puede disociar tal principio del de la libertad de publicaciones. La efectividad de toda organización internacional depende en gran medida de los medios de expresión y de comunicación de los cuales disponga. Es decir, el intercambio de ideas y su difusión o, en otras palabras, su poder para expresarse con toda libertad. La acción de las organizaciones internacionales exige las mayores facilidades de comunicación para su cabal funcionamiento: poder comunicarse sin trabas con los Estados miembros o con otras organizaciones; poder propagar y difundir las ideas y los resultados de las tareas que se les hayan encomendado. En resumen, deben gozar de la libertad de publicación y de comunicaciones para poder proteger el derecho de expresión. Como lo anota Duffar, al citar el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, «la libre comunicación del pensamiento y de las opiniones es uno de los más preciados derechos del hombre»[30]. Este derecho se encuentra igualmente consagrado

[30] Duffar, *op. cit.*, pág. 196.

en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[31]; el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[32]; y el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[33].

47. Si tal libertad ha sido reconocida a las personas físicas, con mucho mayor razón debe serles reconocida a las organizaciones internacionales, las cuales deben actuar e informar y, por ende, comunicarse en una escala mucho mayor. Esta observación se aplica, particularmente, a las organizaciones internacionales de carácter operacional, para las cuales la libertad de comunicación y de información constituye la primera condición de todas sus actividades.

B.—Publicaciones

1. Consideraciones generales

48. Las publicaciones constituyen la principal forma de expresión, podría decirse inclusive la forma fundamental de expresión de las organizaciones internacionales. Es por ello que en el lenguaje empleado por éstas, tanto en los textos como en la práctica, se le da al término «publicaciones» un contenido mucho más amplio que el que se le suele dar en el derecho interno. Tal amplitud varía, desde luego, según los textos. Una de las definiciones más amplias se encuentra, por ejemplo, en la formulación empleada en el Acuerdo entre el OIEA y Austria, que prevé en el inciso *a* de la sección 15 del artículo VI:

> *a*) Las comunicaciones oficiales dirigidas al OIEA o a cualquiera de sus funcionarios en el distrito de la Sede y las comunicaciones oficiales procedentes del OIEA, por cualquier medio y forma en que se transmitan, estarán exentas de toda censura y de cualquier otra forma de interceptación o de violación de su carácter privado. Esta inmunidad se extenderá, sin que la enumeración sea limitativa, a las publicaciones, fotografías, películas fijas, películas cinematográficas y grabaciones sonoras

Esta disposición establece claramente la indivisibilidad que existe en la protección de la intimidad cualquiera que sea el vehículo del pensamiento: correspondencia, publicación, cinta cinematográfica, grabación sonora, etcétera[34].

49. En otros instrumentos internacionales se precisa la noción de publicación en forma semejante, aun cuando con menos amplitud. Así, por ejemplo, en el Acuerdo entre México y la OACI se consideran exentos de prohibición o restricción «la importación o exportación por la organización de sus publicaciones, fotografías, cintas cinematográficas y discos» (inciso *c* de la sección 6 del art. III). En el Acuerdo entre la UNESCO y Francia, los artículos exentos son «las publicaciones, cintas cinematográficas, películas fijas y documentos fotográficos que la Organización importe o edite dentro de sus actividades oficiales» (inciso *b* del párr. 2 del art. 15). Disposiciones semejantes figuran en el Acuerdo entre Italia y la FAO (sección 13 del art. VI), en el Acuerdo entre Egipto y la FAO (inciso *b* de la sección 13 del art. V), en el Acuerdo entre Tailandia y la FAO (inciso *c* de la sección 15 del art. VIII) y en el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la OEA (inciso *c* del art. 5).

2. La práctica

50. De acuerdo con la Convención General, las Naciones Unidas están «exentas de derechos de aduana, prohibiciones y restricciones respecto a la importación y exportación de sus publicaciones» (inciso *c* de la sección 7 del art. II). Disposiciones similares figuran en otros acuerdos, por ejemplo en el Acuerdo provisional entre las Naciones Unidas y Suiza (inciso *e* de la sección 5 del art. II), en el Convenio entre las Naciones Unidas y Chile relativo a la CEPAL (inciso *c* de la sección 10 del art. IV) y en el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Tailandia relativo a la CEPALO (inciso *c* de la sección 8 del art. IV).

51. En cuanto a los organismos especializados, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados concede a éstos la exención de derechos de aduana y de prohibiciones y restricciones respecto a la importación y exportación de sus publicaciones (inciso *c* de la sección 9 del art. III).

52. Se ha interpretado de modo lato que el término «publicaciones» abarca no solamente el material impreso, sino también películas, discos, discos grabados con emisiones radiofónicas y cintas magnetofónicas, así como libros, periódicos y demás material impreso publicado por la organización respectiva. Cabe hacer notar que en una declaración hecha ante la Quinta Comisión, durante el decimoséptimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Asesor Jurídico de la Organización aludió a un problema que se había presentado con respecto a la interpretación del significado del término «uso oficial». Dijo el Asesor Jurídico:

> Ahora bien, si las Naciones Unidas envían una película o un disco producido como parte de sus operaciones de información pública a una agencia de distribución para distribuirlo en un Estado Miembro, se plantea el problema de si la película o el disco así importado en el territorio del Estado Miembro se considera de «uso oficial» de las Naciones Unidas. La Secretaría adoptó una posición afirmativa y el Estado Miembro de que se trataba, me complace hacerlo constar, accedió a ello generosamente[35]

53. Por otra parte, en un memorando interno preparado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en 1952 se declaró, en relación con la Convención General, que:

> [...] la expresión «uso oficial» que figura en el inciso *b* de la sección 7 debe considerarse que incluye la distribución de películas de las Naciones Unidas en los Estados Miembros no sólo por la propia Organización, sino también a través de los distintos distribuidores que celebran contratos con las Naciones Unidas en virtud de los acuerdos de alquiler de películas, siempre que las Naciones Unidas lleven a cabo un propósito oficial al efectuar la distribución[36]

[31] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General

[32] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 241.

[33] Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (España, *Boletín Oficial del Estado*, N.° 243, de 10 de octubre de 1979)

[34] Duffar, *op. cit.*, pág. 199

[35] Véase documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2 (nota 13 *supra*), pág. 259, párr. 182

[36] *Ibid.*, págs. 260 y 261, párr. 193

54. Vemos, pues, que de las diversas interpretaciones dadas al término «publicaciones» por varias organizaciones internacionales, el término incluye una gama bastante extensa de medios de información y de difusión. No se trata solamente de las publicaciones *stricto sensu*, sino además de una serie de medios de información, incluidas la cintas cinematográficas. Hasta el presente las Naciones Unidas y los organismos especializados han reivindicado un régimen de libertad absoluta, con ciertas reservas específicas, bien entendido, para todo lo referente a publicaciones de las organizaciones internacionales.

55. Otra de las posibilidades de establecer formas más directas de control, por parte de los Estados, es por la vía de la censura o de licencias gubernamentales. En 1962, los Estados Unidos de América quisieron obligar a las Naciones Unidas a obtener una licencia para la exportación de material de información pública hacia ciertos Estados. Después de un intercambio de correspondencia, los Estados Unidos reconocieron que las Naciones Unidas estaban exentas de esa obligación, ya que tal limitación podía trabar sus actividades de información en los Estados interesados. La Organización basó su protesta en las disposiciónes del Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas y en el inciso *b* de la sección 7 del artículo II de la Convención General[37].

56. Un Estado Miembro pidió al Centro de Información de las Naciones Unidas situado en su territorio que dejase de exhibir películas de las Naciones Unidas hasta tanto éstas fuesen autorizadas por el Estado huésped. La Secretaría escribió en 1966 a la Misión Permanente del Estado interesado, para exponerle las bases sobre las cuales se reclamaba la exención de esa obligación, en los términos siguientes:

> Las Naciones Unidas no están obligadas a presentar sus películas a censura porque esto sería contrario a la Carta y a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de la cual su país es parte. La posición de las Naciones Unidas a este respecto se basa, en términos generales, en el Artículo 105 de la Carta y, más concretamente, en las secciones 3 y 4 y el inciso *c* de la sección 7 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas[38].

57. Cabe señalar que el Convenio entre las Naciones Unidas y Chile relativo a la sede de la CEPAL prevé que la exención de censura de la cual gozan la correspondencia y demás comunicaciones de la CEPAL se extiende expresamente, sin que esta enumeración sea taxativa, «a impresos, fotografías, cinematografías, películas y grabaciones sonoras» (sección 6 del art. III). Disposiciones semejantes se encuentran en el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Etiopía relativo a la sede de la CEPA (inciso *a* de la sección 6 del art. III) y en el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Tailandia relativo a la sede de la CEPALO (inciso *a* de la sección 13 del art. V).

58. La información recibida desde 1966 sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición jurídica, sus privilegios y sus inmunidades[39] indica que no se han presentado, en el hecho, mayores problemas con respecto al reconocimiento de la libertad de las organizaciones mencionadas en materia de publicaciones. Sin embargo, las Naciones Unidas han señalado dos casos de interpretación del término «publicaciones» y problemas relacionados con su distribución.

59. En un caso, una nueva ley de prensa de un Estado Miembro exigía que todas las publicaciones periódicas llevasen un registro del nombre del director. En un memorando dirigido el 16 de enero de 1970 a la Oficina de Información Pública, la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas dictaminaba lo siguiente:

> Es evidente que la finalidad de la disposición anteriormente mencionada de la ley de prensa en cuestión es identificar al autor de cualquier publicación periódica a fin de hacerle responsable de conformidad con la ley del Estado Miembro interesado. Al distribuir las publicaciones de las Naciones Unidas en ese Estado, el Director del Centro de Información de las Naciones Unidas está desempeñando una función de las Naciones Unidas en su carácter de funcionario de la Organización. No puede ser responsable ante el gobierno interesado ni, por otra parte, ante cualquiera otra autoridad externa a la Organización en virtud del Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas y la sección 18 *a* de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas Es evidente que la disposición mencionada de esa ley no es aplicable a las publicaciones de las Naciones Unidas, incluidas las del Centro de Información
>
> En consecuencia, el Director del Centro debe tomar las medidas necesarias paras solicitar el reconocimiento de la exención de esa ley[40].

60. El otro caso se refiere a la censura de películas de las Naciones Unidas, en virtud de las leyes sobre censura de un Estado Miembro. La Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas abordó esta cuestión en un memorando dirigido el 7 de enero de 1970 a la Oficina de Información Pública de la Organización[41]. Entre otras consideraciones, la Oficina de Asuntos Jurídicos declaraba que:

> La Organización no puede someter sus películas a censura, pues ello sería contrario a la Carta de las Naciones Unidas y a la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, a las cuales el Estado Miembro interesado se ha adherido sin reservas La posición de las Naciones Unidas a este respecto deriva, en general, del Artículo 105 de la Carta y, mas concretamente, de las secciones 3, 4 y 7 *c* de la Convención [.]

61. Las disposiciones jurídicas citadas por la Oficina de Asuntos Jurídicos se refieren a la inviolabilidad de los locales de las Naciones Unidas; a la inmunidad de la cual gozan los haberes y bienes de las Naciones Unidas, dondequiera que se encuentren y en poder de quienquiera que sea, contra allanamiento, requisición, confiscación y expropiación y contra toda otra forma de interferencia, ya sea de carácter ejecutivo, administrativo, judicial o legislativo; a la inviolabilidad de los documentos que les pertenezcan o se hallen en su posesión y, por último, a la exención acordada a las Naciones Unidas de prohibiciones y restricciones respecto de la importación y exportación de sus publicaciones.

62. En cuanto a la distinción entre películas de las Naciones Unidas «para exhibición en salas comerciales» y películas «exhibidas en reuniones públicas o privadas», la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas niega que pueda hacerse ninguna distinción de ese tipo en relación con la Convención General. De acuerdo con la Oficina de Asuntos Jurídicos, el establecimiento de un centro de información en el territorio de un Estado

[37] *Ibid*, pág 259, párr. 184

[38] *Ibid.*, pág. 262, párr. 199

[39] Véase documento A/CN.4/L.383 y Add 1 a 3 (nota 18 *supra*)

[40] *Ibid.*, pág 178, párr 39

[41] *Ibid*, párr 40

Miembro se hace de conformidad con resoluciones de la Asamblea General, en especial las resoluciones 13 (I), 595 (VI) y 1405 (XVI), según las cuales tanto los Estados Miembros como el Secretario General deben promover la labor de información pública de las Naciones Unidas.

63. De conformidad con el párrafo 8 de los «Principios Fundamentales de las Actividades de Información Pública de las Naciones Unidas»[42] contenidos en la resolución 595 (VI) de la Asamblea General, el Departamento de Información Pública de la Secretaría de las Naciones Unidas debe

estimular la producción y distribución de películas de información, cinetoscopias, anuncios y carteles y otras exposiciones gráficas sobre la labor de las Naciones Unidas y, donde sea necesario, participar en esas actividades de producción y distribución.

Con respecto al modo de distribución, el párrafo 10 de los Principios Fundamentales dice así:

10. La libre distribución de material de información es necesaria para las actividades de información pública de las Naciones Unidas Sin embargo, el departamento debe, a medida que aumente la demanda y siempre que sea conveniente y posible, estimular activamente la venta de su material de información. Cuando sea procedente, debe tratar de financiar su producción mediante actividades productoras de ingresos o autoamortizables

La Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas concluye en su memorando de 7 de enero de 1970 que:

Por consiguiente, es un principio establecido desde hace mucho que la distribución del material de información pública de las Naciones Unidas puede efectuarse por medios comerciales De ello resulta que no hay fundamento para distinguir entre las diversas formas de distribución mientras las actividades se desarrollen dentro del alcance de las resoluciones de la Asamblea General mencionadas.

64. En la práctica, pues, el término «publicaciones» se ha interpretado en el sentido de que comprende películas, fotografías, impresos y grabaciones (preparados como parte del programa de información pública de una organización internacional y exportados o importados para su exposición o retransmisión), así como libros, publicaciones periódicas y otro material impreso. Si bien no han surgido controversias acerca del alcance del término «publicaciones», algunos organismos especializados, como la FAO, el BIRF y la AIF, han tropezado con ciertas dificultades en cuanto a la aplicación de las disposiciones pertinentes y con respecto al Acuerdo de 1949 sobre la libre circulación de materiales educativos[43]. Por ejemplo, algunos países imponen derechos de importación sobre las publicaciones y documentos de las organizaciones internacionales y, en ocasiones, la distribución de libros, películas y microfichas se ve dificultada por restricciones o por largas demoras en el despacho de aduanas.

65. El Subcomité en materia de privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales del Comité Europeo de Cooperación Jurídica observó en su informe que los acuerdos generales sobre los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales no contienen generalmente disposiciones expresas sobre la difusión de las publicaciones después de la importación. Por otra parte, señaló que el artículo 10 del Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Organización Europea para el Desarrollo de Lanzadores de Vehículos Espaciales contiene una disposición expresa en la cual se prevé que la circulación de publicaciones se efectuará sin restricción. Al aceptar que la distribución de las publicaciones de una organización debería ser facilitada por los Estados miembros, el informe opinaba que éstos deberían reservarse el derecho de tomar las medidas necesarias para la protección del orden público[44].

C.—Comunicaciones

1. Definición y textos jurídicos

66. La Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados establece en la sección 11 del artículo IV que:

Cada uno de los organismos especializados disfrutará, para sus comunicaciones oficiales, en el territorio de todo Estado parte en la presente Convención, en lo concerniente a tal organismo, de un trato no menos favorable que el otorgado por el Gobierno de tal Estado a cualquier otro Gobierno, inclusive sus misiones diplomáticas, en lo que respecta a las prioridades, tarifas e impuestos aplicables a la correspondencia, cablegramas, telegramas, radiogramas, telefotos, comunicaciones telefónicas y otras comunicaciones, como también a las tarifas de prensa para las informaciones destinadas a la prensa y la radio

67. Esta disposición es semejante a la contenida en la Convención General, que prevé en la sección 9 del artículo III:

Las Naciones Unidas gozarán, en el territorio de cada uno de sus Estados Miembros, para sus comunicaciones oficiales, de facilidades de comunicación no menos favorables que aquellas acordadas por el Gobierno de ese Miembro a cualquier otro Gobierno, inclusive las misiones diplomáticas, en lo que respecta a prioridades, contribuciones e impuestos sobre correspondencia, cables, telegramas, radiogramas, telefotos, teléfonos y otras comunicaciones, como también tarifas de prensa para material de información destinado a la prensa y radio. Ninguna censura será aplicada a la correspondencia u otras comunicaciones oficiales de las Naciones Unidas

68. En otros acuerdos internacionales figuran disposiciones semejantes, tales como la contenida en el artículo III del Convenio entre las Naciones Unidas y Chile relativo a la CEPAL; en las secciones 11 y 13 del artículo V del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Tailandia sobre la CEPALO; en las secciones 5 y 6 del artículo III del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Etiopía relativo a la CEPA y en la sección 7 del artículo III del Acuerdo concertado entre las Naciones Unidas y Suiza. En este último caso se han añadido, al final de la primera oración, las palabras: «con arreglo a la Convención Internacional de Telecomunicaciones».

69. En forma más concisa, el Acuerdo General sobre los Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa establece en su artículo 8 que:

Para sus comunicaciones oficiales y la transferencia de todos sus documentos, el Consejo de Ministros y el Secretario General benefi-

[42] Véase el anexo del informe de la Subcomisión 8 de la Quinta Comisión con respecto a los servicios de información pública (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Anexos*, tema 41 del programa, documento A/C.5/L.172).

[43] «Accord visant à faciliter la circulation internationale du matériel visuel et auditif de caractère éducatif, scientific et culturel» (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 197, pág 3).

[44] Consejo de Europa, *Privileges et immunités* , informe explicativo (véase nota 4 *supra*), párr 73

ciarán sobre el territorio de cada Estado miembro del tratamiento acordado por este Estado a las misiones diplomáticas.

La correspondencia oficial y las otras comunicaciones oficiales del Consejo de Ministros y de la Secretaría no pueden ser censuradas.

En esta disposición se hace referencia expresa al tratamiento diplomático. Es clara la intención de preservar en forma efectiva la libertad de comunicación contra cualquier intento de un Estado de impedir o entorpecer la misión encomendada a la organización por considerar que pueda serle desfavorable a sus intereses particulares. Tal referencia puede justificarse por la similitud de situaciones. En efecto, las misiones diplomáticas, como las organizaciones internacionales, ejercen sus actividades sobre un territorio que no es el suyo. Por otra parte, el carácter internacional de sus funciones exige, como se ha visto, el respeto del secreto[45].

70. Parece ser, pues, que la inviolabilidad de las comunicaciones de las organizaciones internacionales se define por reenvío al derecho de las misiones diplomáticas. No podía pensarse en un sistema más favorable que el que los Estados se acuerdan recíprocamente. Ese sistema se encuentra establecido en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que dispone en el párrafo 1 del artículo 27:

1. El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales. [...].

71. También puede observarse que en el derecho interno la mayoría de los países occidentales consagran la inviolabilidad de las comunicaciones entre las personas. Por extensión, podría decirse que el derecho internacional reconoce la garantía de esta inviolabilidad a las organizaciones internacionales.

72. El término «comunicaciones» engloba el conjunto de vehículos del pensamiento: cartas, telégrafo, teléfono, radio. La inviolabilidad de las comunicaciones está garantizada en la mayoría de los sistema jurídicos. Así, por ejemplo, el artículo 63 de la Constitución de Venezuela establece que el secreto de «la correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial». Prevé, sin embargo, una limitación, la cual, desde luego, no es oponible a las organizaciones internacionales. Una disposición semejante se encuentra en el artículo 25 de la Constitución de México; en los artículos 10, 18 y 44 de la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1949, modificada, de la República Federal de Alemania; y en el párrafo 4 del artículo 36 de la Constitución de Suiza.

73. Aunque el principio se ha formulado en términos absolutos, existen excepciones al mismo en todos los países, como lo hemos señalado en el caso de la Constitución de Venezuela, tanto de derecho como *de facto*. Sin embargo, las organizaciones internacionales parecen estar descartadas de tales excepciones.

74. Así como la inviolabilidad de las comunicaciones de las misiones diplomáticas implica por parte del Estado receptor una abstención y una obligación positiva a su cargo, es decir, la de proteger la libertad de comunicación, también las comunicaciones de las organizaciones internacionales se benefician de un idéntico tratamiento. Aun más, el Estado debe abstenerse de utilizar contra ellas ninguno de los medios a su disposición en el derecho interno. Su responsabilidad puede resultar comprometida si no protege las comunicaciones de las organizaciones internacionales.

75. La protección que presta el Estado puede ser directa o indirecta, según las modalidades convenidas[46]. La protección es directa cuando el Estado conduce u opera él mismo los medios de comunicación. Parecería que en estos casos la obligación del Estado consiste en hacer lo posible para ejecutar sus compromisos, y no se trataría, pues, de una obligación de resultado. Con el fin de evitar toda controversia, varios acuerdos de sede se limitan a exigir del Estado una obligación como la indicada y no una obligación de resultado. Así, por ejemplo, el Acuerdo de sede, celebrado entre los Estados Unidos de América y las Naciones Unidas, establece en el inciso *a* de la sección 17 del artículo VII:

[...] En caso de una interrupción o de una amenaza de interrupción de cualquiera de sus servicios, las autoridades estadounidenses competentes considerarán las necesidades de las Naciones Unidas como de igual importancia que las de la misma naturaleza de las administraciones esenciales del Gobierno de los Estados Unidos. En consecuencia, tomarán las medidas apropiadas para evitar que los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas no sean obstaculizados.

76. La obligación de garantizar la inviolabilidad absoluta es indirecta cuando el Estado no realiza las comunicaciones mediante sus propios servicios. Debe entonces intervenir para que las instituciones no gubernamentales aseguren el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. La responsabilidad del Estado huésped no se encuentra disminuida frente al derecho internacional por el hecho de tratarse de un servicio de comunicaciones de carácter privado. En la práctica, parece considerarse que las obligaciones del Estado han sido cumplidas cuando éste facilita la prueba de haber efectuado las diligencias razonables para proteger las comunicaciones de la organización.

77. De acuerdo con los estudios preparados por la Secretaría en 1967 y 1985 sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades[47], las disposiciones de la sección 9 de la Convención General han sido, por lo común, fielmente observadas. En tres países de América Latina, a saber Bolivia, El Salvador y México, las Naciones Unidas han recibido el beneficio de franquicia o de tarifas postales especiales respecto de la correspondencia oficial expedida en esos países. En Bolivia, el Centro de Información de las Naciones Unidas goza de franquicia postal en el interior del país. En México la cuestión fue regulada mediante un decreto oficial, publicado en el «Diario Oficial» N.° 19, de 24 de septiembre de 1963, por el cual el Gobierno mexicano concedió franquicia postal y telegráfica a las organizaciones participantes en el programa de la Junta de Asistencia Técnica, por el tiempo de duración del Acuerdo Básico sobre Asistencia Técnica celebrado entre México y las Naciones Unidas y firmado el 23 de

[45] Véase Duffar, *op. cit.*, pág. 197.

[46] *Ibid.*, pág. 210.

[47] Véanse notas 13 y 18 *supra*.

julio de 1963. En El Salvador se concedió una exención de franqueo análoga en 1961, referida al Convenio de la Unión Postal de las Américas y España, en virtud del cual los miembros del cuerpo diplomático de los países de la Unión gozaban de este privilegio en El Salvador[48].

78. A raíz de la aprobación del Convenio suscrito en 1966 entre algunos Estados de América Latina, Canadá y España, que concedía privilegios especiales de franqueo a la correspondencia de las misiones diplomáticas de los miembros de la Unión Postal de las Américas y España, el Secretario General de las Naciones Unidas, en carta de 24 de agosto de 1971, dirigida a los representantes permanentes de los respectivos Estados ante las Naciones Unidas, solicitó estos privilegios para la Organización en virtud de la sección 9 del artículo III de la Convención General[49].

79. Las palabras «con arreglo al Convenio Internacional de Telecomunicaciones», que figuran al final de la primera oración de la sección 7 del artículo III del Acuerdo provisional entre las Naciones Unidas y Suiza, tienen su razón de ser. En efecto, el Convenio disponía que los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas dirigidos por las Naciones Unidas deberían recibir el mismo tratamiento que si fueran dirigidos por un gobierno. La asimilación a los telegramas y llamadas telefónicas de Estado se hacía en los términos siguientes:

Artículo 36.—Prioridad de los telegramas de Estado, de las llamadas y comunicaciones telefónicas de Estado

A reserva de lo dispuesto en el artículo 45, los telegramas de Estado tendrán prioridad sobre los demás telegramas cuando el expedidor lo solicite. Las llamadas y comunicaciones telefónicas de Estado podrán igualmente tener prioridad sobre las demás llamadas y comunicaciones telefónicas, a petición expresa y en la medida de lo posible.

80. El artículo 45 del Convenio concede «prioridad absoluta» a las «llamadas y mensajes de socorro». Por otra parte, en el anexo 2, donde se definen los términos empleados en el instrumento, se prevé lo siguiente:

Telegramas y llamadas y comunicaciones telefónicas de Estado
Son los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas procedentes de una de las siguientes autoridades

[.]

f) el Secretario General de las Naciones Unidas y los Jefes de los órganos subsidiarios de las Naciones Unidas,

[...]

81. El Consejo de Administración de la UIT aprobó en 1949 la resolución N.° 142[50], por la que se invita a su Secretario General, entre otras cosas,

1. [...] a que lleve al día una lista de los organismos subsidiarios de las Naciones Unidas, y a que envíe una copia de la misma a los Miembros y Miembros asociados de la Unión, comunicándoles cuantas modificaciones se introduzcan en ella;

[...]

82. Con todo, se presentaron dificultades para determinar cuáles eran los organismos subsidiarios de las Naciones Unidas. Como reacción a la negativa de conceder el mismo trato que a los gobiernos a un centro de información de las Naciones Unidas, la Organización se dirigió por escrito a la UIT, en 1951, para señalarle que los centros de información formaban parte de la Secretaría y no eran organismos subsidiarios; por consiguiente, los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas emanados de ellos tenían derecho al mismo trato que el acordado a los gobiernos, en cuanto se hacían en nombre del Secretario General, sin necesidad de que se enumeraran expresamente. En el Convenio Internacional de Telecomunicaciones aprobado en Buenos Aires se enmendó la definición citada más arriba (párr. 80) y la correspondiente cláusula, que figura en el anexo 3 del Convenio, dispone lo siguiente:

Telegramas y llamadas y comunicaciones telefónicas de Estado
Son los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas procedentes de una de las siguientes autoridades

[.]

Secretario General de las Naciones Unidas, Jefes de los órganos principales y Jefes de los organismos subsidiarios de las Naciones Unidas,

[...]

83. En el anexo 3 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Ginebra se modificó de nuevo esta definición para referirse a los telegramas y llamadas y comunicaciones telefónicas procedentes del «Secretario General de las Naciones Unidas [y de los] Jefes de los organismos principales de las Naciones Unidas».

84. Al margen de este problema de definición, se puede comprobar que los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas de las Naciones Unidas (a diferencia de las de los organismos especializados) reciben en la actualidad un trato por lo menos tan favorable como el concedido a los telegramas y llamadas y comunicaciones telefónicas de Estado[51].

85. En lo tocante a la prioridad (único aspecto contemplado expresamente en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones) puede observarse que, en virtud de las disposiciones del párr. 7 del artículo 62 del capítulo XVII del Reglamento Telegráfico, en su forma revisada en Ginebra en 1958[52], se concede una prioridad especial, superior a la concedida a los telegramas de Estado, a aquellos otros enviados en una emergencia por el Presidente del Consejo de Seguridad, el Presidente de la Asamblea General, el Secretario General y otros altos funcionarios en relación con la aplicación de las disposiciones contenidas en los Capítulos VI, VII y VIII de la Carta de las Naciones Unidas. Pero no solamente reciben prioridad en sus telecomunicaciones, en condiciones igualmente favorables, cuando menos, que las dispensadas a los gobiernos, sino que también se ha concedido a las Naciones Unidas el beneficio de las mismas tarifas de que disfrutan los gobiernos en sus intercomunicaciones.

[48] Documento A/CN.4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), pág 269, párrs. 217 a 219.

[49] Véase documento A/CN 4/L.383 y Add 1 a 3 (nota 18 *supra*), pág. 181, párr. 46.

[50] Resolución relativa a la aplicación del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados [«Resoluciones del Consejo de Administración de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, cuarto período de sesiones, Ginebra, agosto-septiembre de 1949» (mimeografiado)]

[51] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), pág 269, párr 222

[52] UIT, *Reglamento Telegráfico (revisión de Ginebra, 1958), anexo al Convenio Internacional de Telecomunicaciones (Buenos Aires, 1952)*, Ginebra, 1959, pág 88

86. No se han señalado casos en los cuales las autoridades nacionales hayan aplicado censura alguna a la correspondencia y otras comunicaciones oficiales de las Naciones Unidas.

87. De acuerdo con los dos estudios preparados por la Secretaría sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades[53], se ha observado el cumplimiento escrupuloso del tratamiento concedido a los organismos especializados en virtud de la sección 11 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, con una sola excepción importante. La excepción se refiere a los privilegios en materia de telecomunicaciones, ya que en los diversos convenios internacionales de telecomunicaciones no se han concedido a todos los organismos especializados prioridades, tarifas e impuestos no menos favorables que los otorgados a los gobiernos.

88. El Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Atlantic City, adoptado aproximadamente en la misma época en que la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que los telegramas y las llamadas y comunicaciones telefónicas de las Naciones Unidas tendrán prioridad sobre las demás, pero no prevé disposiciones análogas en el caso de los organismos especializados. En vista de que el Convenio de Atlantic City no otorgaba a las comunicaciones de los organismos especializados el mismo tratamiento que a las de los gobiernos, el Consejo de Administración de la UIT aprobó, en su tercer período de sesiones, celebrado en 1948, una resolución en la cual se invitaba al Secretario General y a los Estados miembros de la UIT a que interpretaran el artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de conformidad con los términos del Convenio de Atlantic City[54]. A raíz de esta resolución se produjo un intercambio de correspondencia entre el Secretario General de las Naciones Unidas y el de la UIT. En una carta de fecha 30 de agosto de 1948, el Secretario General de las Naciones Unidas informó al Secretario General de la UIT que la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados había pasado a ser aplicable a la OACI y a la OMS, y expresó la opinión de que los Estados partes en esa Convención estarían obligados a aplicar las disposiciones de la sección 11 del artículo IV a esos organismos[55].

89. A pesar de una densa correspondencia entre las partes interesadas, así como de negociaciones y discusiones en el seno de la UIT, ésta se ha negado sistemáticamente a incluir a los organismos especializados entre los facultados para enviar telegramas de Estado o pedir llamadas telefónicas de Estado. Por el contrario, la UIT ha insistido en que las Naciones Unidas introduzcan la enmienda necesaria a la sección 11 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados para poner término al problema. Al 1.° de junio de 1985, ocho gobiernos habían declarado que no podían cumplir plenamente las disposiciones de la sección 11 del artículo IV hasta que todos los demás gobiernos no hubieran decidido cooperar, concediendo ese trato a los organismos especializados[56]. Así pues, excepto en ciertos casos extremos (por ejemplo los telegramas urgentes de la OMS en materia de epidemiología, en virtud del artículo 61 del Reglamento Telegráfico[57] de la UIT o cuando huelgas impidan el despacho de cablegramas ordinarios, dando lugar a la aplicación del procedimiento previsto en la resolución N.° 27 de la Conferencia de Plenipotenciarios de Buenos Aires[58]), los organismos especializados no han gozado del privilegio de la prioridad para sus telecomunicaciones ni de las ventajas de las tarifas concedidas a los gobiernos.

90. En el caso de los organismos internacionales de carácter financiero, a saber el BIRF, la AIF, la CFI y el FMI, las facilidades en materia de comunicaciones que deben concedérseles figuran en sus respectivos convenios constitutivos en términos muy análogos entre ellos. Así, por ejemplo, la sección 7 del artículo VII del Convenio constitutivo del BIRF establece que «cada país participante otorgará a las comunicaciones oficiales del Banco el mismo tratamiento que otorgare a las comunicaciones oficiales de los demás países participantes».

91. Con la excepción de un diferendo surgido en 1949 entre los Estados Unidos de América, por una parte, y el BIRF y el FMI, por la otra, sobre un problema de interpretación, solucionado en favor de los dos organismos financieros, el derecho de las organizaciones financieras mencionadas en el párrafo anterior, cuyos convenios constitutivos contienen la misma cláusula, a gozar de un mismo trato igual al otorgado a los gobiernos en materia de telecomunicaciones no ha sido impugnado[59].

92. Finalmente, podemos observar que en la sección 13 del artículo VI del Acuerdo entre el OIEA y Austria, y en la sección 10 del artículo IV del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades del OIEA se otorgan facilidades en materia de comunicaciones en los mismos términos que a los gobiernos, pero solamente «en la medida compatible con las convenciones, reglamentos y acuerdos internacionales» en que sea parte el Estado respectivo. Una disposición análoga figura en el artículo 10 del Acuerdo entre la UNESCO y Francia[60].

93. Las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en relación con las Naciones Unidas tienen un alcance

---

[53] Véanse notas 13 y 18 *supra*

[54] Resolución N ° 36 relativa a las prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados [«Resoluciones del Consejo de Administración de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, tercer período de sesiones, Ginebra, septiembre-octubre de 1948» (mimeografiado)]

[55] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), págs 321 y 322, párr 77

[56] Véase Naciones Unidas. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général—État au 31 decembre 1990* (N ° de venta: F 91 V 8), cap III 2

[57] UIT, *Reglamento Telegráfico , op cit* , pág 86

[58] Véase UIT, *Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Buenos Aires, 1952*, pág 156

[59] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), págs 324 y 325, párrs 95 y 96

[60] *Ibid* , párr 97

más vago. En efecto, el inciso *a* de la sección 17 del artículo VII del Acuerdo de Sede estipula: «asegurar la prestación al distrito administrativo en condiciones equitativas, los servicios públicos necesarios incluidos [...] los servicios postales, telefónicos, telegráficos, [...]».

2. Los medios de comunicación

a) *Consideraciones generales*

94. Los medios de comunicación que puedan ser puestos a la disposición de las organizaciones internacionales no pueden ser, desde luego, sino idénticos a los utilizados por los Estados o las misiones diplomáticas. Por ello, una vez más, se asimilan o se equiparan las organizaciones internacionales a las misiones diplomáticas para hacerlas beneficiar de los mismos medios de comunicación acordados a éstas.

95. El subcomité del Comité Europeo de Cooperación Jurídica emitió la opinión siguiente sobre este asunto:

> [...] La necesidad de utilizar correos y de disponer de facilidades especiales para el empleo de valijas selladas, de códigos y de cifras no se hace necesaria para todas las organizaciones internacionales. En el caso de numerosas organizaciones el recurso a los servicios ordinarios de correos y de telecomunicaciones debería ser suficiente. [...][61].

96. A juicio del Relator Especial no debe constituir una preocupación mayor el hecho de que no todas las organizaciones internacionales tengan necesariamente que beneficiarse de todos los medios excepcionales de comunicación. El principio debe ser reconocido, como ya generalmente lo es, y ha de aplicarse en los casos pertinentes. En los casos en que no se justifique, de acuerdo con las funciones de una organización, la necesidad de la aplicación del principio, debe dejarse a la organización involucrada la facultad de renunciar a él.

97. En todo caso, con los adelantos cada día más perfeccionados que logra la tecnología en los medios de comunicación radiotelefónicos y radiotelegráficos (télex, telefax, etc.) la cuestión planteada se hará cada vez menos importante. En el futuro, y podríamos decir que en gran parte hoy día, la cuestión se reducirá a la prioridad para obtener las instalaciones de los aparatos correspondientes, a la concesión de tarifas preferenciales y a los impuestos y tasas de servicio aplicables.

98. Desde el punto de vista convencional, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas establece lo siguiente:

> *Artículo 27*
>
> 1 El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales Para comunicarse con el gobierno y con las demás misiones y consulados del Estado acreditante, dondequiera que radiquen, la misión podrá emplear todos los medios de comunicación adecuados, entre ellos los correos diplomáticos y los mensajes en clave o cifra Sin embargo, únicamente con el consentimiento del Estado receptor podrá la misión instalar y utilizar una emisora de radio
>
> 2. La correspondencia oficial de la misión es inviolable Por correspondencia oficial se entiende toda correspondencia concerniente a la misión y a sus funciones
>
> 3. La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida
>
> [...]

99. Los medios de comunicación, como podemos ver en el artículo citado, comprenden cuatro categorías principales, a saber, los códigos, la valija diplomática, los correos y las telecomunicaciones. Ante la imposibilidad de establecer una lista exhaustiva, la CDI[62] y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, de 1961, prefirieron adoptar un criterio de carácter general.

100. Por su parte, la sección 10 del artículo III de la Convención General estipula que las Naciones Unidas gozarán del derecho «de usar claves y de despachar y recibir su correspondencia, ya sea por estafeta o valija, las cuales gozarán de las mismas inmunidades y privilegios que los concedidos a estafetas y valijas diplomáticas»; y la disposición correspondiente de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, a saber la sección 12 del artículo IV, dispone lo siguiente:

> No estarán sujetas a censura la correspondencia oficial ni las demás comunicaciones oficiales de los organismos especializados.
>
> Los organismos especializados tendrán derecho a hacer uso de claves y a despachar y recibir su correspondencia ya sea por correos o en valijas selladas que gozarán de las mismas inmunidades y prerrogativas que las concedidas a los correos y valijas diplomáticos
>
> Ninguna de las disposiciones de la presente sección podrá ser interpretada como prohibitiva de la adopción de las medidas de seguridad adecuadas, que habrán de determinarse mediante acuerdo entre un Estado parte en esta Convención y un organismo especializado

Podemos observar que la sección 10 del artículo III de la Convención General no contiene ninguna alusión a las medidas de seguridad y que la prohibición de la censura figura separadamente en la sección 9 del artículo III.

101. Como se desprende de los textos citados, las prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales se establecen con referencia a las de las misiones diplomáticas, tal como se especifica en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.

102. Esta asimilación del tratamiento acordado a las organizaciones internacionales al tratamiento otorgado a las misiones diplomáticas se encuentra consagrada igualmente en otros numerosos instrumentos internacionales, además de las disposiciones ya citadas de las convenciones sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados. Así, entre otros ejemplos, podemos citar el Acuerdo provisional entre la Naciones Unidas y Suiza (secciones 7 y 8 del artículo III); el Acuerdo entre Suiza y la OIT (artículos 12 y 13) y el Convenio de ejecución de ese Acuerdo (artículos 5 y 6); el Acuerdo entre Suiza y la OMS (artículos 12 y 13); el Acuerdo entre Italia y la FAO (secciones 11 a

[61] Consejo de Europa, *Privilèges et immunités...*, informe explicativo (nota 4 *supra*), párr. 81

[62] Véanse los debates realizados en los períodos de sesiones noveno y décimo de la Comisión sobre el artículo 16 del proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas (*Anuario... 1957*, vol I, págs 79 y ss , 398 ª sesión, párrs 27 a 100, y *Anuario . 1958*, vol I, págs 134 y ss , 455 ª sesión, parrs 55 a 78)

13 del artículo VI); el Acuerdo entre la OACI y el Canadá (secciones 9 y 10 del artículo II); el Acuerdo entre la UNESCO y Francia (artículos 10 y 11) y el Acuerdo entre Suiza y la OMM (artículos 12 y 13).

b) *Códigos*

103. Toda vez que las organizaciones internacionales han sido admitidas al beneficio del régimen diplomático están autorizadas de pleno derecho para utilizar la correspondencia por código, sin que haya necesidad de una referencia particular al respecto. Las Naciones Unidas gozan de ese derecho conforme a las estipulaciones contenidas en la sección 10 del artículo III de la Convención General. Desde luego, la Organización ha utilizado claves en las oportunidades en que se ha considerado aconsejable y no parece que por ello se haya planteado problema jurídico alguno[63].

104. En cuanto a los organismos especializados, como se ha visto, la sección 12 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados los autoriza a utilizar las claves. Sin embargo, la mayoría de los organismos especializados no utilizan claves para su correspondencia[64]. Por lo general, siempre se han reconocido los derechos y las correspondientes inmunidades y prerrogativas a las cuales se hace referencia en el segundo párrafo de la sección 12 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, a saber, el «derecho a hacer uso de claves...».

105. El proyecto de convención de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard sobre los privilegios e inmunidades diplomáticos indica expresamente en el artículo 14 (Libertad de comunicaciones) que las organizaciones internacionales tienen derecho a utilizar los códigos o claves:

> 1. El Estado receptor garantizará la libertad y la protección de las comunicaciones oficiales efectuadas por todos los medios disponibles, entre otros el empleo de mensajeros provistos de pasaportes especiales y la utilización de códigos o claves
>
> [.]
>
> 2. Entre una misión del Estado acreditante y los funcionarios de organizaciones internacionales, tales como [ ][65]

106. No parece pues existir controversia alguna sobre la aplicación de este derecho y el otorgamiento a las organizaciones internacionales de las prerrogativas y los privilegios que tal derecho garantiza.

c) *La valija diplomática*

107. Se ha observado que tanto la Convención General como la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados reconocen a las Naciones Unidas y a los organismos especializados el derecho a utilizar la valija diplomática para su correspondencia.

108. Por su parte, la CDI, con el fin de llenar la laguna existente en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y en la Convención de Viena sobre relaciones consulares, definió el término «valija diplomática» en el párrafo 2 del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, y en el apartado *b* del artículo II del proyecto de protocolo II de firma facultativa relativo a aquel proyecto[66]. La definición prevista en el artículo 3 dice lo siguiente:

> 2) Se entiende por «valija diplomática» los bultos que contienen correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo diplomático, que se utilizan para las comunicaciones oficiales mencionadas en el artículo 1 y que llevan signos exteriores visibles indicadores de su carácter de.
>
> *a*) valija diplomática en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961,
>
> *b*) valija consular en el sentido de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963, o
>
> *c*) valija de una misión permanente, una misión permanente de observación, una delegación o una delegación de observación en el sentido de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975

109. Cabe observar que en el artículo 3 no se hizo mención alguna a la valija diplomática de las organizaciones internacionales, pero en el artículo 2, que se refiere a «correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos», se establece que:

> *Artículo 2 —Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos*
>
> El hecho de que los presentes artículos no se apliquen a los correos y valijas empleados para las comunicaciones oficiales de misiones especiales o de organizaciones internacionales no afectará
>
> *a*) al estatuto jurídico de tales correos y valijas,
>
> *b*) a la aplicación a tales correos y valijas de cualesquiera normas enunciadas en los presentes artículos que fueren aplicables en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos

110. La CDI explicó en el comentario al artículo 2 las razones por las cuales había descartado la posibilidad de incluir expresamente a las organizaciones internacionales en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, definido en el artículo 1. Hace, sin embargo, la salvedad de que

> [..] el hecho de que los artículos traten sólo de los correos y valijas de los Estados no excluye la posibilidad de que haya semejanzas considerables entre el régimen jurídico de los correos y valijas de organizaciones internacionales, particularmente las que tienen carácter universal o regional amplio, y el régimen jurídico de los correos y valijas de los Estados [.][67]

111. Durante los debates sobre esta cuestión en el seno de la CDI[68] y la Sexta Comisión de la Asamblea General[69] las opiniones estuvieron divididas. Algunos comen-

---

[63] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), pág 270, párr 224.

[64] *Ibid.*, pág. 325, párr 99.

[65] Harvard Law School, *op cit* , págs 21 y 22

[66] Véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), págs 18 y 52

[67] *Ibid* , pág 17, párr 1 del comentario

[68] Véanse *Anuario 1988*, vol II (primera parte), pág 128, documento A/CN 4/409 y Add 1 a 5, y *Anuario 1989*, vol II (primera parte), pág. 79, documento A/CN 4/420

[69] Véase «Resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo tercer período de sesiones, preparado por la Secretaría» (A/CN 4/L 431), párrs 324 a 326

tarios y observaciones presentados por escrito abogaban por la restricción del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a los correos y valijas de los Estados. Pero un gran número de comentarios y observaciones estaba de acuerdo con la extensión de dicho ámbito a los correos y valijas de las organizaciones internacionales.

112. Después de enumerar una serie de consideraciones, y en consonancia con el criterio global y uniforme en el cual se basaba el proyecto de artículos, el Relator Especial, Sr. Yankov, sugirió en su octavo informe la inclusión de un nuevo párrafo 2 en el artículo 1, el cual rezaba:

Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos

[...]

2. Los presentes artículos se aplican al correo diplomático y a la valija diplomática empleados para las comunicaciones oficiales de una organización internacional con un Estado o con otras organizaciones internacionales[70].

113. Después de una larga discusión, la CDI decidió no incluir el nuevo párrafo propuesto. Se adujeron argumentos en favor y en contra. En este caso particular, como se hizo notar, desde luego, en el seno de la Comisión, la reiterada insistencia de algunos en diferenciar los Estados y las organizaciones internacionales era inoportuna. Las organizaciones internacionales son creadas por los Estados y utilizan correos y valijas diplomáticos, como se ha visto, sin que se haya presentado objeción seria a ello. Tanto la Convención General como la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, así como numerosos otros instrumentos internacionales (acuerdos de sede, acuerdos de asistencia técnica, etc.), contienen igualmente disposiciones específicas sobre esta materia[71].

114. Parece existir aquí una leve contradicción entre la posición de la CDI, aprobada por la Sexta Comisión, de adoptar un criterio global y uniforme como base del proyecto de artículos (uniformación del derecho diplomático establecido en las diversas convenciones de Viena) y la exclusión, de la regulación concerniente, de las organizaciones internacionales, las cuales gozan de tal derecho en conformidad con textos jurídicos vigentes.

115. Sin embargo, la CDI, dada la discrepancia de opiniones, si bien ha optado por limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a los correos y valijas empleados por los Estados «con objeto de no comprometer la aceptabilidad del proyecto», estimó conveniente que los Estados tuviesen la opción de hacer extensiva, si así lo desean, la aplicabilidad del proyecto de artículos por lo menos a los correos y valijas de las organizaciones internacionales de carácter universal. Con tal fin elaboró y aprobó un proyecto de protocolo II de firma facultativa sobre el estatuto del correo y de la valija de las organizaciones internacionales de carácter universal, cuyo artículo I establece:

Artículo I

Los artículos también se aplican al correo y a la valija empleados para las comunicaciones oficiales de una organización internacional de carácter universal

a) con sus misiones y oficinas, dondequiera que se encuentren, y para las comunicaciones oficiales de estas misiones y oficinas entre sí;

b) con otras organizaciones internacionales de carácter universal[72].

116. De acuerdo con los dos estudios preparados por la Secretaría sobre la práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades[73], aun cuando las Naciones Unidas han utilizado algunas veces estafetas, ha sido mucho más frecuente el despacho de comunicaciones por valija. En ambos casos se han respetado los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas. Sin embargo, se ha registrado un reducido número de incidentes con motivo de la apertura de valijas de las Naciones Unidas por funcionarios públicos, quienes resultaron ser, por lo general, funcionarios de inferior categoría que actuaron por equivocación o desconocimiento de las reglas internacionales.

117. En comunicación dirigida al Consultor Jurídico de un órgano subsidiario de las Naciones Unidas después de un incidente en el que autoridades de aduana habían abierto una valija sellada que era transportada en un vehículo de las Naciones Unidas, el Asesor Jurídico de la Organización resumió la posición legal en la forma siguiente:

Por regla general la valija diplomática es inviolable y no puede ser sometida a inspección de aduanas ni a cualquier otra forma de interferencia. En el caso de que el Estado receptor abriese una valija diplomática para su inspección, por tener sospecha de que contuviese objeto impropios, y sus sospechas resultasen infundadas, el Estado remitente se hallaría facultado para reclamar por violación del derecho internacional Por otra parte, si se encontrasen objetos impropios en la valija, sería el Estado remitente el culpable de abuso de un privilegio y no podría formular reclamación alguna En mi opinión, queda así resumida la norma general, tal como se practica por los Estados[74].

118. En 1962, un Estado Miembro pretendía, al conceder permiso para el establecimiento de un servicio de valija entre la Sede de las Naciones Unidas y su capital, imponer la condición de que en caso de duda el Gobierno podría abrir la valija en presencia de un funcionario de las Naciones Unidas, bajo el pretexto de que no era signatario de la Convención General. La Organización consideró inaceptable tal condición y señaló que en virtud de un acuerdo de asistencia técnica concertado anteriormente por el Estado Miembro en cuestión, éste había convenido en aplicar la Convención General con respecto a las operaciones de asistencia técnica para las que fuera necesario el servicio de valija. El Gobierno retiró la restricción y concedió a las Naciones Unidas el derecho de utilizar incondicionalmente la valija diplomática[75].

119. En el caso de las comisiones regionales de las Naciones Unidas, algunos de los acuerdos pertinentes —el Convenio entre las Naciones Unidas y Chile relati-

[70] Véase *Anuario.. 1988*, vol. II (primera parte), pág 166, documento A/CN 4/417, párr 60

[71] Véase el resumen del debate que la CDI dedicó a esta cuestión en su 40.º período de sesiones en *Anuario 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 83.

[72] Véanse el texto del proyecto de protocolo y el respectivo comentario en *Anuario . 1989*, vol II (segunda parte), págs 51 a 53

[73] Véanse notas 13 y 18 *supra*

[74] Véase documento A/CN 4/L 118 y Add 1 y 2 (nota 13 *supra*), pág 270, párr 225

[75] *Ibid*, párr 226

vo a la CEPAL (sección 6 del artículo III), el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Tailandia relativo a la CEPALO (inciso *b* de la sección 13 del artículo V) y el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Etiopía relativo a la CEPA (sección 6 del artículo III)— disponen en forma expresa que la correspondencia que puede enviarse por correos o en valijas diplomáticas (selladas) comprende «publicaciones, documentos, fotografías, cinematografías, películas y grabaciones sonoras».

120. Siempre de acuerdo con la información transmitida por los organismos especializados, la mayoría de ellos no usan claves ni despachan correspondencia por estafetas o valijas. Los que lo hacen indican que no han experimentado ninguna dificultad seria para lograr el reconocimiento adecuado de sus derechos a este respecto[76].

d) *Correos diplomáticos*

121. Como se ha dicho, ni las Naciones Unidas ni los organismos especializados hacen uso frecuente de este medio de comunicaciones. Sin embargo, es de hacer notar que en el proyecto de artículos preparado por la CDI sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático se ha tratado de llenar las lagunas existentes en las convenciones sobre el derecho diplomático elaboradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas en lo referente a la definición del correo diplomático, de la valija diplomática, así como del estatuto del correo diplomático y particularmente sus privilegios e inmunidades. Como se ha observado (párr. 115 *supra*), las organizaciones internacionales quedan excluidas de esta reglamentación, que sólo se les podrá aplicar en forma facultativa mediante la adhesión al protocolo facultativo II del proyecto de artículos.

e) *Servicios postales*

122. Se ha pensado en que las organizaciones internacionales puedan adquirir una mayor independencia y, de hecho, esa es la tendencia actual en lo referente a los servicios postales, es decir que la propia organización asegure sus servicios postales independientemente del Estado donde tiene su sede. Hasta el presente los Estados, por razones obvias, se han mostrado reticentes a aceptar tal situación, en particular por razones de seguridad. Actualmente sólo las Naciones Unidas cuentan con una administración postal propia, separada de la de los Estados Unidos de América, en su Sede de Nueva York. Ninguno de los organismos especializados ni el OIEA poseen tal servicio.

123. La Administración Postal de las Naciones Unidas fue creada por decisión de la Asamblea General el 1.° de enero de 1951, de acuerdo con la resolución 232 (III). Las Naciones Unidas han celebrado acuerdos especiales con los Estados Unidos y con Suiza relativos al funcionamiento de servicios postales en los locales de las Naciones Unidas situados en dichos países. Tales acuerdos han funcionado en la práctica sin ninguna dificultad.

124. Después de la firma del Acuerdo postal con los Estados Unidos fue necesario examinar la división exacta de funciones entre el Departamento de Correos de los Estados Unidos y la Administración Postal de las Naciones Unidas, con especial referencia a la venta y utilización de sellos a efectos filatélicos. Mediante negociaciones con el Departamento de Correos de los Estados Unidos de América se enmendó una de las disposiciones del Acuerdo[77].

125. En el Acuerdo con Suiza, las Naciones Unidas convinieron en utilizar exclusivamente sellos de correo suizos para el franqueo reglamentario de los despachos postales expedidos por la Oficina europea en Ginebra. Estos sellos se imprimieron con una sobrecarga que los caracterizaba como sellos oficiales de dicha Oficina. El Acuerdo de 1949 fue derogado por el Acuerdo Postal de 11 de diciembre de 1968, que era similar al Acuerdo Postal celebrado con los Estados Unidos en 1951. El Acuerdo de 1968 establece una oficina de correos en el Palacio de las Naciones, en Ginebra, cuya explotación corresponde al Departamento Postal, Telefónico y Telegráfico de Suiza. Las Naciones Unidas quedan facultadas para emitir, a sus expensas, todos los valores postales (sellos de correo, tarjetas postales y aerogramas) necesarios para el funcionamiento del servicio y que son los únicos que pueden venderse en esta oficina de correos. El Acuerdo también autoriza a las Naciones Unidas para establecer un servicio especial destinado a fines filatélicos.

126. Por otra parte, la Organización ha celebrado acuerdos postales especiales con respecto a la correspondencia dirigida a las fuerzas de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz o a la enviada por éstas. El canje de cartas de 8 de febrero de 1957, que constituyó un acuerdo entre las Naciones Unidas y Egipto sobre el estatuto de la FENU en dicho país, contiene una disposición expresa a ese respecto (párr. 31). El acuerdo celebrado con el Líbano, mediante un canje de cartas, relativo a los servicios postales de la FENU, prevé el establecimiento de una oficina de correos en una base de la FENU en Beirut.

127. Disposiciones análogas figuran en el Acuerdo sobre el estatuto jurídico y los privilegios de las Naciones Unidas en el Congo (párr. 35) y en el canje de cartas entre las Naciones Unidas y Chipre constitutivo de un acuerdo relativo al estatuto de la Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre (párr. 31).

128. Como se ha indicado, ninguno de los organismos especializados ni el OIEA tienen servicios postales análogos a los de las Naciones Unidas. No obstante, en los acuerdos celebrados entre Suiza y la OIT y Suiza y la OMS se prevé la emisión de sellos especiales *(timbres de service)* por la Administración postal suiza para esas organizaciones, dentro de los límites autorizados por los convenios de la UPU. También se han emitido sellos

[76] *Ibid.*, pág. 325, párr. 99, y documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3 (nota 18 *supra*), pág. 212, párrs. 116 y 117.

[77] La modificación consistió en la supresión de las palabras «en ejecución de los pedidos recibidos por correspondencia» al final de la primera oración del párrafo ii) de la sección 3 del Acuerdo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 149, pág. 415).

para los otros organismos especializados que tienen su sede en Suiza.

f) *Telecomunicaciones y servicios de radiodifusión*

129. El empleo de la radiodifusión por las organizaciones internacionales genera idénticos problemas a los que se suscitan en el caso de las misiones diplomáticas. Es decir, por una parte, la reticencia de los Estados, por razones principalmente de seguridad, y, luego, debido a la distribución inicial de frecuencias en aplicación del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Atlantic City. Por ello, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas establece una limitación al disponer en el párrafo 1 del artículo 27 que «[...] únicamente con el consentimiento del Estado receptor podrá la misión instalar y utilizar una emisora de radio».

130. Al asimilar las organizaciones internacionales a las misiones diplomáticas en esta materia, esa limitación se aplica igualmente a ellas. El problema se había ya planteado en la época de la SDN en relación con el establecimiento de «Radio-Naciones», y fue resuelto mediante la concertación del Acuerdo de 21 de mayo de 1930 entre el Gobierno suizo y la SDN relativo al establecimiento y la explotación de una estación radiofónica cerca de Ginebra[78].

131. Ni la Convención General en la sección 9 del artículo III ni la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados en las secciones 11 y 12 del artículo IV contienen una referencia específica sobre esta materia. Es en la sección 4 del artículo II del Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas, celebrado con los Estados Unidos, donde se encuentran disposiciones detalladas a este respecto. De acuerdo con estas disposiciones, las Naciones Unidas pueden establecer y explotar en el distrito administrativo (es decir la Sede):

1) sus propias instalaciones de radiodifusión por ondas cortas (estaciones emisoras y receptoras), incluida una instalación de enlace para ser utilizada en caso de necesidad excepcional, las cuales podrán ser utilizadas sobre las mismas frecuencias dentro de los límites de tolerancia previstos por los reglamentos aplicables en los Estados Unidos en materia de radiodifusión para los servicios de radiotelegrafía, radiotelefonía, radiotelefotografía y otros servicios de la misma naturaleza.

En la misma sección se establece una serie de disposiciones de carácter técnico y sobre otras facilidades análogas.

132. Disposiciones semejantes figuran en otros acuerdos celebrados por las Naciones Unidas, como el Acuerdo provisional con Suiza; el Acuerdo con Tailandia sobre la CEPALO, que estipula igualmente la utilización de circuitos de telecomunicaciones y servicios de radio, y el Acuerdo con Etiopía relativo a la CEPA.

133. Además de las disposiciones contenidas en los acuerdos de carácter general con los Estados huéspedes, las Naciones Unidas han concertado arreglos, usualmente mediante un canje de notas, para la utilización de estaciones de radio de la Organización en varios países[79]. A este respecto, la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas preparó un memorando en 1955, donde se enumeraban los puntos de derecho fundamentales que es necesario examinar antes de emprender negociaciones o instalaciones de telecomunicaciones en un país determinado[80].

134. En dicho memorando se hace referencia al artículo 26 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Buenos Aires, al artículo XVI del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la UIT anexo al Convenio (anexo 6), y a las resoluciones 240 (III) y 460 (V) mediante las cuales la Asamblea General aprobó la creación y la explotación de una red de telecomunicaciones para las Naciones Unidas. El memorando contiene, en especial, un texto modelo que se ha de insertar en los acuerdos relativos a los centros administrativos de las Naciones Unidas, que ha sido reproducido desde entonces en varios instrumentos de esta naturaleza[81].

135. Con respecto a los organismos especializados, como se ha visto, la creación de una red de telecomunicaciones en su beneficio se enfrenta a la oposición terminante de la UIT. Las Naciones Unidas habían solicitado que el tráfico de los organismos especializados pudiese transitar por su propia red. La Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT, reunida en Buenos Aires (1952), decidió en la resolución N.° 26 que, en circunstancias normales, la red de telecomunicaciones entre dos puntos fijos de las Naciones Unidas no fuese abierta al tráfico de los organismos especializados y «puesta a competir con las redes comerciales de telecomunicaciones existentes»[82]. Esta posición de la UIT fue confirmada en su resolución N.° 25 aprobada en la Conferencia de Montreux de 1965[83].

136. Sin embargo, existen comunicaciones de los organismos especializados relativas a cuestiones que interesan a las Naciones Unidas las cuales son consideradas como comunicaciones de la Organización y como tales transitan por su red. Es así como el tráfico proveniente de Ginebra en 1971, utilizado para comunicaciones de los organismos especializados relativas a asuntos concernientes a las Naciones Unidas, representó, en número de palabras, más del doble del tráfico de las Naciones Unidas propiamente dicho[84].

137. La actitud restrictiva anteriormente señalada se hace sentir aún menos después de la firma, el 3 de agosto de 1972, de un contrato sobre el establecimiento de una línea de télex entre Nueva York y Ginebra. Esta línea, que utiliza cables submarinos y circuitos terrestres, reemplaza el sistema que existía entre las dos ciudades y

[78] Véase M. O. Hudson, *International Legislation*, vol. V (1929-1931), Washington (D.C.), 1936, págs. 494 y ss., N.os 257 y 257a.

[79] Véase «Réseau de télécommunications de l'Organisation des Nations Unies» en *L'ONU pour tous*, 8.ª ed. (N.° de venta: F.67.I.5), págs. 571 y 572.

[80] Véase documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2 (nota 13 *supra*), págs. 272 y 273, párr. 234.

[81] *Ibid.*, págs. 272 a 274, párrs. 234 a 238.

[82] UIT, *Convenio... Buenos Aires, 1952* (véase nota 58 *supra*), págs. 155 y 156.

[83] Véase UIT, *Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Montreux, 1965*, págs. 204 y 205.

[84] Véase Duffar, *op. cit.*, pág. 224.

estará a la disposición de los organismos especializados según las condiciones estipuladas en la resolución N.° 26 de la UIT.

138. A la tendencia observada entre las organizaciones internacionales de tratar de asegurarse una mayor independencia en el campo de sus comunicaciones se opone la actitud de los Estados, preocupados de garantizar su propia seguridad. Cada una de estas tendencias trata de afirmarse. Por una parte, el desarrollo interno de las organizaciones internacionales lleva a éstas a desear imponer cada vez más su carácter internacional, su propia personalidad, diferente de la de sus Estados miembros que las constituyen y, en consecuencia, independizarse del control y de los servicios de los Estados. Por su parte, los Estados no pueden permanecer insensibles ante la idea de ver a las organizaciones internacionales substituirlos en el ejercicio de las funciones que tradicionalmente son de su exclusiva competencia. Tanto la doctrina como la práctica actual buscan un equilibrio que deberá ser la resultante de la armonización entre las dos tendencias, en el cual sean reconocidos los intereses fundamentales de ambas partes interesadas.

139. A primera vista las organizaciones internacionales parecen gozar de una ventaja sobre los Estados con respecto a las comunicaciones oficiales. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, régimen que, como se ha dicho, se aplica igualmente a las organizaciones interncionales, establece en el párrafo 1 que «El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales». Basta, pues, con que el Estado sea informado del carácter oficial de las comunicaciones para que éstas sean protegidas. Esto, desde luego, no presenta mayores problemas, se trata solamente de simples signos externos de identificación. La dificultad surgía en cuanto a qué debía entenderse por «fines oficiales». La incertidumbre sobre esta cuestión quedó eliminada después de la aprobación de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, pues al definir la expresión «correspondencia oficial» destaca claramente, una vez más, el carácter funcional para definir el término. En efecto, el párrafo 2 del artículo 27 dispone:

> 2. La correspondencia oficial de la misión es inviolable. Por «correspondencia oficial» se entiende toda correspondencia concerniente a la misión y a sus funciones.

140. Esta disposición aplicable a las misiones diplomáticas lo es con mayor razón a las organizaciones internacionales. La sola exigencia funcional define la extensión del carácter oficial de la correspondencia. Todas las comunicaciones de las organizaciones internacionales son consideradas como oficiales en la medida en que las mismas organizaciones internacionales les confieran tal carácter.

141. Hasta el presente, sólo las Naciones Unidas han sentido la necesidad de disponer de sus propios medios de comunicación, debido al carácter de sus funciones, las cuales les exigen una responsabilidad mundial de amplio alcance y sumamente delicada. Es evidente que en casos de crisis graves, las Naciones Unidas deberían tener la posibilidad de no verse aisladas por la interrupción de los sistemas públicos de comunicaciones. Es igualmente evidente que si esto es deseable en el caso de las Naciones Unidas, no parece serlo en la misma medida para todas y cada una de las organizaciones internacionales.

142. Una vez obtenido el beneficio del régimen diplomático, el cual permite a las organizaciones internacionales asegurar la inviolabilidad de todas sus comunicaciones, puesto que todas ellas son consideradas oficiales y en consecuencia inviolables sin distinción alguna, como lo son las de las misiones diplomáticas, parecería lógico que las organizaciones internacionales pretendan y traten de construir su propia red de comunicaciones y de telecomunicaciones para eliminar todo control y dependencia de los Estados.

143. Tal situación tiene lógicamente que sembrar la alarma entre los Estados, los cuales sienten que al escapar los medios de comunicación de su control y vigilancia, éstos puedan ser puestos al servicio de intereses contrarios a los de un Estado que acoja sobre su territorio a una organización internacional. Tal es la motivación que induciría, al parecer, a los Estados a buscar los medios de preservar y garantizar su seguridad.

144. En este sentido, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas no establece un sistema que satisfaga satisfactoriamente los requerimientos de los Estados en materia de seguridad y, por tanto, no se considera totalmente efectivo. Ahora bien, este es el régimen que se aplica igualmente a las organizaciones internacionales. Algunos Estados practican lo que ellos consideran como regla consuetudinaria y abren las valijas diplomáticas, en detrimento del principio de la inviolabilidad, cuando consideran que su presentación exterior suscita sospechas sobre su contenido[85]. La Convención de Viena sobre relaciones consulares consagra esa regla, pero sólo en relación con las valijas consulares. El artículo 35 de dicha Convención establece en el párrafo 3:

> 3. [...] si las autoridades competentes del Estado receptor tuviesen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia, los documentos o los objetos a los que se refiere el párrafo 4 de este artículo, podrán pedir que la valija sea abierta, en su presencia, por un representante autorizado del Estado que envía. Si las autoridades del Estado que envía rechazan la petición, la valija será devuelta a su lugar de origen.

145. Muy por el contrario, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas consagra el principio de la inviolabilidad absoluta de las comunicaciones. No prevé ningún caso de derogación de ese principio. El Estado receptor no solamente tiene la obligación de proteger la libertad de comunicaciones diplomáticas, sino además, y en todos los casos, de abstenerse de abrirlas, interceptarlas o tratar de descifrarlas[86].

146. La CDI no consideró oportuno, en el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, cuyo texto definitivo aprobó en su 41.° período de sesiones, en 1989[87], llenar las lagunas de la Convención de Viena sobre esta cuestión. Después de numerosas discusiones decidió incluir, en el artículo 28 del proyecto, la derogación del principio, pero solamente en el caso de la valija consular. El artículo 28, que la CDI con-

[85] Véase Cahier, *op. cit.*, pág. 214.

[86] *Ibid.*, pág. 213.

[87] Véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y ss.

sidera como la disposición clave de todo el proyecto de artículos, reprodujo textualmente, en el párrafo 2, el párrafo 3 del artículo 35 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

147. La Comisión aclara su posición al respecto en el comentario al artículo 28, al opinar que:

[...] aunque la protección de la valija diplomática es un principio fundamental para el funcionamiento normal de las comunicaciones oficiales entre Estados, la aplicación de este principio no debe dar pie a abusos que afecten los intereses legítimos del Estado receptor o del Estado de tránsito[88].

Luego agrega, en relación con la no discriminación y la reciprocidad, que

[...] nada impedía a los Estados que introdujeran en sus relaciones mutuas, por medio de un acuerdo, otras prácticas con respecto a la valija diplomática. En especial podrían convenir en someter la valija consular al régimen de la valija diplomática, o viceversa[89].

148. En lo referente a las organizaciones internacionales, esto último es lo que precisamente se ha adoptado como solución. Una serie de instrumentos prevén que la seguridad del Estado será garantizada convencionalmente, ya sea por un acuerdo específico en materia de comunicaciones, ya sea por un acuerdo sobre la seguridad en general.

149. Como ejemplo de acuerdos relativos a las comunicaciones podemos citar la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados que establece en el tercer párrafo de la sección 12 del artículo IV que:

Ninguna de las disposiciones de la presente sección podrá ser interpretada como prohibitiva de la adopción de las medidas de seguridad adecuadas, que habrán de determinarse mediante acuerdo entre un Estado parte en esta Convención y un organismo especializado

Es interesante observar que la disposición correspondiente de la Convención General, es decir, la sección 10 del artículo III, no contiene ninguna referencia a la eventual adopción de medidas de seguridad.

150. No obstante, la mayoría de los organismos especializados y el OIEA no han adoptado oficialmente medidas de seguridad como lo prevé la sección 12 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados. Sin embargo, de conformidad con las normas de seguridad de aeropuertos, las valijas de la FAO provenientes de ciertos lugares han sido sometidas al examen de rayos X.

151. Varios acuerdos celebrados por la OMS están sujetos a la condición de que no anularán ni limitarán el derecho del gobierno del país huésped a tomar las precauciones necesarias para proteger la seguridad del Estado. No obstante, las autoridades estatales se obligan, cuando consideren necesaria la adopción de medidas para la seguridad del Estado, a dirigirse a la OMS tan pronto como las circunstancias lo permitan para determinar por acuerdo mutuo las medidas oportunas al respecto. De igual modo, la OMS ha de colaborar con las autoridades de los gobiernos de los países huéspedes para evitar que de sus actividades pueda derivarse un perjuicio para la seguridad del Estado[90].

152. El Acuerdo relativo a la sede de la OACI celebrado con el Canadá dispone en la sección 40 del artículo IX que ninguna de las disposiciones del Acuerdo

se interpretará en el sentido de que reduce, restringe o debilita el derecho de las autoridades canadienses a proteger la seguridad del Canadá, siempre que la Organización sea informada inmediatamente en caso de que el Gobierno considere necesario tomar medidas contra cualquiera de las personas enumeradas en el Acuerdo

153. Como ejemplo de los instrumentos que contemplan la seguridad en textos de carácter general y no solamente con respecto a las comunicaciones podemos citar el Acuerdo entre Suiza y la OIT, cuyo artículo 25 dispone:

Artículo 25 —Seguridad de Suiza

1 Nada en el presente acuerdo afecta el derecho del Consejo Federal Suizo a tomar las precauciones útiles en el interés de la seguridad de Suiza

2 En el caso de que estimase necesario aplicar el primer párrafo del presente artículo, el Consejo Federal Suizo se pondrá lo más rápidamente que las circunstancias lo permitan en relación con la Organización Internacional del Trabajo con el fin de concertar de común acuerdo las medidas necesarias para proteger los intereses de la Organización

3 La Organización Internacional del Trabajo colaborará con las autoridades suizas con el fin de evitar todo perjuicio a la seguridad de Suiza como consecuencia de su actividad

154. Disposiciones análogas se encuentran en el Acuerdo entre Suiza y la OMS (art. 25); el Acuerdo entre la OMM y Suiza (art. 24); el Acuerdo entre el OIEA y Austria (secc. 47 del art. XVIII), y el Acuerdo entre la Argentina y la Oficina Panamericana de la Salud (art. 14).

155. Más recientemente se ha notado una tendencia a cambiar el mecanismo para la adopción de medidas restrictivas. Se tiende a reemplazar la base convencional del acuerdo mutuo entre las organizaciones y los Estados por la sola facultad acordada a cada Estado miembro para adoptar o tomar todas las medidas de precaución en el interés de su seguridad, es decir la adopción de las medidas por el Estado en forma unilateral.

D.—Proyectos de artículos 13 a 17

156. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el Relator Especial propone el siguiente enunciado para la parte IV del proyecto de artículos, relativa a las facilidades acordadas a las organizaciones internacionales en materia de publicaciones y de comunicaciones:

[88] *Ibid*, pág 46, párr 8 del comentario

[89] *Ibid*, pág 47, párr. 10 del comentario

[90] Véase documento A/CN 4/L 383 y Add 1 a 3 (nota 18 *supra*), pág 212, párrs 118 y 119

PARTE IV

FACILIDADES EN MATERIA DE PUBLICACIONES Y COMUNICACIONES

Artículo 13

Las organizaciones internacionales disfrutarán en el territorio de cada Estado parte [en la presente Convención*] de la libre circulación y distribución de sus publicaciones y del material de información pública necesario para sus actividades incluidos películas, fotografías, impresos y grabaciones preparados como parte del programa de información pública de una organización y exportados o importados para su exposición o retransmisión, así como libros, publicaciones periódicas y otro material impreso.

Artículo 14

Las organizaciones internacionales disfrutarán para sus comunicaciones oficiales en el territorio de todo Estado parte [en la presente Convención*] con respecto a tales organizaciones de un trato no menos favorable al otorgado por el Gobierno del Estado a cualquier otro gobierno, inclusive sus misiones diplomáticas, en lo que respecta a las prioridades, tarifas o impuestos aplicables a la correspondencia, cablegramas, telegramas, radiogramas, telefotos, comunicaciones telefónicas, telefax y otras comunicaciones, como también a las tarifas de prensa para las informaciones destinadas a la prensa, al cine, a la radio y a la televisión. Sin embargo, únicamente con el consentimiento del Estado huésped podrá la organización internacional instalar y utilizar una emisora de radio.

Artículo 15

1. La correspondencia oficial y las demás comunicaciones oficiales de una organización internacional son inviolables.

2. Se entiende por correspondencia oficial y comunicaciones oficiales toda correspondencia y toda comunicación concerniente a una organización y a sus funciones.

Artículo 16

Las organizaciones internacionales tienen el derecho de hacer uso de claves y a despachar y recibir sus comunicaciones oficiales ya sea por correos o por valijas selladas, los cuales gozarán de las mismas inmunidades y de los mismos privilegios concedidos a los correos y a las valijas diplomáticas de acuerdo con las disposiciones contenidas en las convenciones multilaterales vigentes donde se regula lo relativo al correo diplomático y a la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.

Artículo 17

Ninguna de las disposiciones anteriores afecta el derecho de todo Estado parte [en la presente Convención*] a tomar las precauciones útiles y las medidas adecuadas en el interés de su seguridad.

---

* Las palabras «en la presente Convención» se han puesto entre corchetes con el fin de no prejuzgar sobre la forma definitiva que se dará a los proyectos de artículos.

DOCUMENTO A/CN.4/439

Sexto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial

[Original: español]
[29 de mayo de 1991]

ÍNDICE

		Parrafos	Pagina
Acuerdos y tratados citados en el presente informe			117
I	INTRODUCCIÓN	1-5	119
II	LAS INMUNIDADES FISCALES Y LAS FRANQUICIAS ADUANERAS	6-74	120
	A Las inmunidades fiscales	7-47	120
	B Las franquicias aduaneras	48-74	124
III	PROYECTOS DE ARTICULOS 18 A 22	75	127

Acuerdos y tratados citados en el presente informe

ABREVIATURAS

Textes legislatifs Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes legislatifs et dispositions de traites concernant le statut juridique, les privileges et immunites d organisations internationales*, 2 vols (N ° de venta 60 V 2 y 61 V 3)

Relaciones diplomáticas

	Fuente
Convención relativa a los funcionarios diplomáticos (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLV, pág 260
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 500, pág 162
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	*Ibid*, vol 596, pág 392
Convención sobre las misiones especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Naciones Unidas, *Anuario Juridico 1969* (N ° de venta S 71 V 4), pág 134
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	*Ibid*, *Anuario Juridico, 1975* (N ° de venta S 77 V 3), pág 91

Prerrogativas e inmunidades y acuerdos de sede

NACIONES UNIDAS

	Fuente
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Londres, 13 de febrero de 1946)	Resolución 22 A (I) de la Asamblea General
Naciones Unidas-Suiza —Arrangement provisoire sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (Berna, 11 de junio de 1946)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 1, pág 163
Naciones Unidas-Chile —Convenio entre el Gobierno de Chile y la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas para regular las condiciones de funcionamiento, en Chile, de la sede de esta Organización (Santiago, 16 de febrero de 1953)	*Ibid*, vol 314, pág 50
Naciones Unidas-Tailandia —Accord relatif au siège de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient en Thaïlande (Ginebra, 26 de mayo de 1954)	*Ibid*, vol 260, pág 35

ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y EL OIEA

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	*Ibid*, vol 33, pág 329
Suiza-OIT —Accord concernant le statut juridique en Suisse de l'Organisation internationale du Travail, et Arrangement d'exécution de l'Accord (Ginebra, 11 de marzo de 1946)	*Ibid*, vol 15, pág 377
Suiza-OMS —Accord concernant le statut juridique de l'Organisation mondiale de la santé, et Arrangement d'exécution de l'Accord (Ginebra, 17 de julio de 1948)	*Ibid*, vol 26, pág 331
Italia-FAO —Agreement regarding the Headquarters of the Food and Agriculture Organization of the United Nations [Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture] (Washington [D C], 31 de octubre de 1950)	*Textes législatifs*, vol II, pág 187
OACI-Canadá —Accord relatif au siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale (Montreal, 14 de abril de 1951)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 96, pág 155
Chile-FAO —Accord relatif au Bureau régional pour l'Amérique latine de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (14 de junio de 1952)	*Textes législatifs*, vol II, pág 206
Egipto FAO —Accord relatif au Bureau régional pour le Proche-Orient de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (17 de agosto de 1952)	*Ibid*, pág 212
UNESCO-Francia —Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et à ses privilèges et immunités sur le territoire français (París, 2 de julio de 1954)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 357, pág 3
OIT-México —Acuerdo referente al establecimiento de un Centro de Acción en la Ciudad de México y a las prerrogativas e inmunidades necesarias para su funcionamiento (firmado en México, Distrito Federal, el 5 de enero de 1955)	*Ibid*, vol 208, pág 226
Tailandia-FAO —Accord relatif au Bureau régional pour l'Extrême-Orient de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (entró en vigor el 6 de febrero de 1957)	*Textes législatifs*, vol II, pág 220
OIEA-Austria —Acuerdo relativo a la sede del Organismo Internacional de Energía Atómica (Viena, 11 de diciembre de 1957)	Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 339, pag 214

OTRAS ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES

	Fuente
Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos (Washington, 15 de mayo de 1949)	OEA, Serie sobre Derecho y Tratados, N ° 21, Washington (D.C.), 1949.
Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa (París, 2 de septiembre de 1949) y Protocolo adicional al Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1952)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 250, págs 13 y 33
Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (París, 18 de abril de 1951)	*Ibid.*, vol 261, pág 238

I.—Introducción

1. En su 42.° período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional examinó el cuarto informe del Relator Especial sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)[1] en sus sesiones 2176.ª a 2180.ª Luego de discutir los proyectos de artículos 1 a 11 contenidos en ese informe, la Comisión, en su 2180.ª sesión, decidió remitirlos al Comité de Redacción.

2. Los miembros de la Comisión que intervinieron en el debate[2], con la excepción de uno solo, apoyaron, en general, el rumbo fijado para el tema por el Relator Especial en su cuarto informe y la pertinencia de seguir adelante con su estudio y consideración en conformidad con el esquema aprobado por la Comisión y ratificado por la Asamblea General[3].

3. De acuerdo con el mandato confiado a la Comisión por la Asamblea General, el cual ha reafirmado año tras año en sus resoluciones sobre el informe de la CDI, y de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 45/41 de la Asamblea General, adoptada el 28 de noviembre de 1990, la Comisión debe proseguir su labor sobre este tema.

4. Durante los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General consagrados al informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones (véase A/CN.4/L.456, párrs. 410 a 417), la mayoría de los delegados que se refirieron a este tema expresaron satisfacción por los progresos logrados en el estudio, así como por el hecho de que se hubieran remitido 11 proyectos de artículos al Comité de Redacción.

5. El Relator Especial presenta a la Comisión su sexto informe ajustándose al esquema en el cual se fijaron el sentido y la orientación del tema, así como su contenido. Dicho esquema fue adoptado por la Comisión en su informe sobre la labor realizada en su 39.° período de sesiones, presentado a la Asamblea General en su 42.° período de sesiones[4].

[1] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág 161, documento A/CN.4/424.

[2] Véase *Anuario... 1990*, vol. I, sesiones 2176 ª a 2180 ª

[3] *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párrs. 424 a 427.

[4] Véase *Anuario... 1987*, vol II (segunda parte), párrs. 216 a 219. El esquema presentado por el Relator Especial decía lo siguiente.

«I Prerrogativas e inmunidades de la organización·
- »A Prerrogativas e inmunidades no fiscales
  - »*a*) inmunidad de jurisdicción,
  - »*b*) inviolabilidad de los locales y ejercicio del control de esos locales,
  - »*c*) inmunidad de registro y de cualquier otra forma de injerencia en favor de sus bienes y haberes;
  - »*d*) inviolabilidad de sus archivos y documentos;
  - »*e*) prerrogativas e inmunidades en lo que concierne a facilidades en materia de comunicaciones (uso de claves y despacho de correspondencia por correo o por valija diplomática, etc).
- »B. Privilegios financieros y fiscales
  - »*a*) exención de impuestos,
  - »*b*) exención de derechos de aduana,
  - »*c*) control de cambios,
  - »*d*) depósitos bancarios

»II. Privilegios e inmunidades de los funcionarios.
- »A No fiscales
  - »*a*) inmunidad respecto de los actos ejecutados en su capacidad oficial,
  - »*b*) inmunidad de las obligaciones relativas al servicio nacional,
  - »*c*) inmunidad de toda medida restrictiva en materia de inmigración y de las formalidades de registro de extranjeros,
  - »*d*) prerrogativas e inmunidades diplomáticas de los funcionarios ejecutivos y otros altos funcionarios, y

(Continuación en la página siguiente)

II.—Las inmunidades fiscales y las franquicias aduaneras

6. El presente informe estudiará separadamente las inmunidades fiscales de las organizaciones internacionales y sus franquicias aduaneras.

A.—Las inmunidades fiscales

7. La doctrina ha considerado, en general, que las inmunidades en su conjunto no constituyen, en el fondo, sino una emanación de la inmunidad fiscal, la cual aparece así como la fuente de todas las otras. Según esa concepción, la inmunidad fiscal, prolongación de la inmunidad de los bienes, constituye, en realidad, el principio de toda inmunidad. Así, dicha inmunidad existe en el derecho romano y en el derecho merovingio en Francia[5].

8. La inmunidad fiscal que se conceden recíprocamente los Estados en sus relaciones mutuas viene a ser la contraparte de la igualdad. Es en aplicación del principio de la soberanía y de la igualdad entre los Estados que no se concibe que un Estado pueda verse sometido al poder de imposición de otro Estado. Ello ha sido establecido tanto por la costumbre en el derecho internacional como por la práctica en las relaciones internacionales, e inclusive se ha consagrado en acuerdos bilaterales y multilaterales, o aun por decisiones unilaterales de los Estados, por lo menos en lo referente a los bienes afectados a fines estatales.

9. Bishop cita el artículo XIX del Tratado de Amistad firmado el 8 de diciembre de 1923 entre los Estados Unidos de América y Alemania, el cual estipula que los

> terrenos y construcciones situados en los territorios de cada una de las Altas Partes contratantes, de los cuales la otra Alta Parte contratante es el propietario legal o equitativo y que son utilizados exclusivamente para fines gubernamentales por este propietario, estarán exentos de toda clase de impuestos, nacionales, estatales, provinciales y municipales, que no sean tasas percibidas por servicios de utilidad pública de las cuales se benefician los locales[6].

10. La exoneración fiscal acordada a las organizaciones internacionales intergubernamentales se justificaría, igualmente, por ese mismo principio de la igualdad entre los Estados miembros. Un Estado no puede gravar otros Estados a través de una organización internacional, y el Estado huéspued no debe sacar provecho fiscal injustificado de la presencia de una organización sobre su territorio.

11. El carácter de coacción que asiste al impuesto explica el por qué una organización internacional, entidad independiente de los Estados miembros que la constituyen, debe sustraerse, igualmente, a la coacción fiscal del impuesto. Un principio admitido por muchas legislaciones, en derecho público, establece que el Estado no se paga impuestos a sí mismo, lo cual conduce, lógicamente, a la exoneración fiscal.

12. Algunos tratadistas sostienen que la justificación de la exoneración acordada a las organizaciones internacionales hay que disociarla de la noción de «organizaciones de Estados» y que tal justificación tendría su base en las finalidades del servicio público. En efecto, según este razonamiento, si en los comienzos de una organización internacional se puede observar que la personalidad de los Estados se manifiesta netamente en su funcionamiento, ella tiende a diluirse progresivamente a medida que la institución se consolida. La actividad de un servicio público, que en principio no es lucrativa, escapa, en muchas legislaciones nacionales, al impuesto sobre las sociedades. Un presupuesto acordado a un servicio público está afectado exclusivamente al cumplimiento de su misión. Cualquier gravamen por impuesto directo equivaldría, en consecuencia, a desviar la afectación de los fondos recibidos[7].

13. En lo tocante a los Estados, los gastos de una misión diplomática, por el hecho de ser erogados por el Estado acreditante, no pueden estar sometidos al control del Estado receptor, y, por ende, a cualquier tipo de gravamen fiscal impuesto por este último.

14. El derecho diplomático, en general, no se refiere a la exención de impuestos directos y la exoneración fiscal de la misión no se define sobre la base de la noción, bastante vaga, de impuestos directos, sino en relación con los inmuebles de la misión.

15. Tradicionalmente, los inmuebles de la misión diplomática, propiedad del Estado extranjero, gozan de la exención de todo impuesto inmobiliario, así como de los impuestos percibidos en el momento de la compra de esos inmuebles[8].

16. El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 1929 (sesión de Nueva York) sobre las inmunidades diplomáticas, estableció en el artículo 19 que:

> La sede de la misión está exenta de todos los impuestos y tasas salvo en el caso en que no fuese la propiedad ni del agente ni del Estado que éste representa[9].

(Continuación de la nota 4)

»*e*) facilidades de repatriación en época de crisis internacional.

»B. Financieros y fiscales:

»*a*) exención de impuestos sobre los sueldos y emolumentos;

»*b*) exención de derechos de aduana.

»III. Prerrogativas e inmunidades de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con la organización.»

[5] Véase J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, pág. 267.

[6] W. W. Bishop, «Immunity from taxation of foreign State owned property», AJIL, Washington (D.C.), 1952, pág. 251 (citado por Duffar, *op. cit.*, pág. 268).

[7] Véase, entre otros, Duffar, *op. cit.*, pág. 269.

[8] Véase Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Ginebra, Droz, 1962, págs. 278 y ss.

[9] Véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. II, París, Pedone, 1929, pág. 311. En igual sentido lo establece el artículo 18 de la Convención de La Habana relativa a los funcionarios diplomáticos.

17. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, en su artículo 23, confirma y amplía la práctica de los Estados al establecer que:

1. El Estado acreditante y el jefe de la misión están exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la misión de que sean propietarios o inquilinos, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados

2. La exención fiscal a que se refiere este artículo no se aplica a los impuestos y gravámenes que, conforme a las disposiciones legales del Estado receptor, estén a cargo del particular que contrate con el Estado acreditante o con el jefe de la misión.

Disposiciones análogas se encuentran en la Convención de Viena sobre relaciones consulares (art. 32) y en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (art. 24).

18. De acuerdo con las convenciones citadas, la exoneración se aplica tanto cuando el Estado sea propietario como cuando sea solamente inquilino de los locales de la misión. Es decir, ahora la misión es exonerada aun cuando no sea sino inquilina, en cuyo caso puede lícitamente estipularse que el pago de los impuestos estará a cargo del inquilino, es decir de la misión[10]. Por otra parte, la misión está exenta del pago de los derechos de transferencia que los particulares deben abonar en las operaciones de compraventa de inmuebles.

19. Es evidente que la exoneración de los inmuebles, con relación a los impuestos directos, constituye la más importante de las exoneraciones acordadas a las misiones diplomáticas[11].

20. Como se ha dicho, el artículo 23 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas exonera al Estado acreditante y al jefe de misión «de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la misión de que sean propietarios o inquilinos». La CDI, en su comentario sobre el artículo 21 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, expresaba que:

La disposición no se aplica al caso en que el propietario del local alquilado estipule en el contrato de alquiler que los impuestos los pagará la misión, porque en este caso los impuestos forman parte de la merced pagada por el alquiler de los locales y normalmente constituyen, en efecto, no el pago de impuestos como tales, sino un aumento del precio del alquiler[12].

Este razonamiento puede aplicarse igualmente a las organizaciones internacionales intergubernamentales.

21. En lo referente a las organizaciones internacionales, la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas[13] (artículo II, sección 7) y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (artículo III, sección 9) hacen beneficiar a las organizaciones internacionales, a las cuales ellas se aplican, de una exoneración mucho más amplia, ya que se refieren a la totalidad de los impuestos directos.

22. El artículo III de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados establece en el apartado *a* de la sección 9 que:

Los organismos especializados, sus haberes, ingresos y otros bienes estarán exentos:

a) De todo impuesto directo, entendiéndose, sin embargo, que los organismos especializados no reclamarán exención alguna en concepto de impuestos que, de hecho, no constituyan sino una remuneración por servicios de utilidad pública;

23. En términos análogos están redactados los siguientes acuerdos: la Convención General (secc. 7 del art. II); el Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa (apartado *a* del art. 7); el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la OEA (apartado *a* del art. 5), complementado por el Acuerdo Bilateral entre el Consejo de la OEA y el Gobierno de los Estados Unidos de América[14], mediante el cual la OEA gozará de las disposiciones contenidas en la Ley sobre inmunidades de organismos internacionales[15].

24. En todos los instrumentos jurídicos que se han mencionado se habla de la exención de toda contribución directa, con la salvedad, sin embargo, de que no podrán reclamar exención alguna por concepto de contribuciones que, de hecho, constituyen una remuneración por servicios públicos o de utilidad pública.

25. Por otra parte, en una serie importante de acuerdos bilaterales celebrados entre organizaciones internacionales y algunos Estados, las organizaciones internacionales están, en general, exoneradas de todo impuesto directo. Entre otros, se pueden citar: el Acuerdo entre Suiza y la OIT (art. 10); el Acuerdo entre México y la OIT (apartado *a* del art. IV); el Acuerdo entre la OACI y el Canadá (apartado *a* de la secc. 6 del art. II); el Acuerdo entre Italia y la FAO (apartado *a* de la secc. 19 del art. VIII); el Acuerdo entre Chile y la FAO (apartado *a* de la secc. 13 del art. VI); el Acuerdo entre Egipto y la FAO (apartado *a* de la secc. 13 del art. V); el Acuerdo entre Tailandia y la FAO (apartado *a* de la secc. 15 del art. VIII); el Acuerdo entre la UNESCO y Francia (art. 15) y el Acuerdo entre Suiza y la OMS (art. 10).

26. Los Estados suelen hacer la diferencia entre los impuestos directos, de los cuales las organizaciones internacionales son exoneradas, y los impuestos o tasas indirectos incluidos en los precios de bienes muebles o inmuebles cuyo descuento o reembolso no es exigible a los Estados miembros sino cuando se trata de compras importantes o sustanciales, lo cual hace posible tomar medidas administrativas apropiadas. Tal limitación al principio de la exoneración es razonable y justificada. En efecto, tales derechos o tasas se encuentran, generalmente, incorporados en el precio pagado y percibidos por el

[10] Véanse el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, aprobado por la CDI en su décimo período de sesiones, y los comentarios respectivos (*Anuario. 1958*, vol II, págs 96 y ss., documento A/3859, y, en particular, pág 103)

[11] Véase la nota de la Secretaría sobre la práctica de los Estados Miembros relativa a la exoneración de impuestos inmobiliarios acordada a las misiones diplomáticas (documento A/AC 154/WG 1/L 2 y L.2/Add 2 y Add.4, de 16 de abril y 11 de junio de 1974 y 5 de febrero de 1975, respectivamente)

[12] Véase párr. 2 del comentario al artículo 21 (nota 10 *supra*)

[13] Denominada en adelante «Convención General»

[14] *Textes législatifs*, vol II, pág 381

[15] Ley N° 291, *United States Code, 1988 Edition*, vol 9, título 22, párr. 288

Estado a través de un tercero, el comerciante, y no de la organización como tal.

27. Los términos «compras importantes» o «compras sustanciales» adolecen, desde luego, de cierta imprecisión y pueden dar lugar a interpretaciones diversas. Sin embargo, habida cuenta de las dificultades existentes para efectuar el reembolso, ellos permiten, desde el punto de vista administrativo, a los gobiernos exigir que las organizaciones justifiquen sus peticiones de reembolso. De todas maneras, un descuento debe ser concedido de toda tasa sobre las transferencias de bienes inmobiliarios adquiridos por una organización internacional para sus actividades oficiales.

28. Es evidente que en algunos casos parece difícil poder definir lo que debe considerarse como una actividad oficial de una organización internacional. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha propuesto que se considere como una actividad oficial la relativa a la realización de los fines de la organización internacional[16]. Tal definición permite excluir ciertas actividades secundarias de una organización internacional tales como la explotación de un restaurante, de un bar o de todo otro establecimiento comercial. El Gobierno suizo, por ejemplo, no concede en el acuerdo celebrado con la OIT la exoneración fiscal a las organizaciones internacionales, sino para los inmuebles que les pertenecen en propiedad y están ocupados por sus servicios.

29. Es evidente que en el caso en que una organización internacional ejerce una actividad comercial la concesión de privilegios fiscales es improcedente.

30. La definición del impuesto directo no es la misma en todas las legislaciones nacionales. Varía de un país a otro. No existe un criterio uniforme al respecto. Es por ello que el Secretario General de las Naciones Unidas, mediante un intercambio de notas con un Estado Miembro, ha sostenido que:

> La caracterización que se dé a un impuesto en un sistema legislativo nacional concreto no puede ser determinante para la aplicación de las disposiciones de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, que se deben interpretar de manera uniforme con respecto a todos los Estados Miembros. De lo contrario, se daría una desigualdad de tratamiento entre los Miembros[17].

31. La distinción entre los impuestos directos y los otros impuestos, sin embargo, no parece presentar en la práctica mayores dificultades, como lo ha hecho notar el Comité Europeo de Cooperación Jurídica en su informe sobre privilegios e inmunidades, ya citado, «salvo en raras circunstancias, las cuales es conveniente resolver caso por caso»[18].

32. Por otra parte, la cuestión suscitó la redacción de un memorándum, en 1953, por parte de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, relativo a la exoneración de la Organización con respecto a impuestos inmobiliarios por su propiedad sobre el Distrito Administrativo y la ocupación de los locales[19].

33. El razonamiento de la Oficina de Asuntos Jurídicos se basaba, sobre todo, en el Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, tratado multilateral celebrado por los Estados Unidos con otras naciones y el cual, según los términos de la cláusula 2 del artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos, «constituye la ley suprema del territorio . . . pese a cualquier disposición en contrario de la Constitución o de las leyes de cualquier Estado». La Oficina de Asuntos Jurídicos llegaba a la conclusión de que

> la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto parte de la ley suprema del territorio, confiere a dicha Organización las inmunidades necesarias para la realización de sus propósitos, sin necesidad de ninguna legislación estatal; que dichas inmunidades comprenden la exención de impuestos inmobiliarios, y que la exención fiscal es aplicable desde la fecha de entrada en vigor de la Carta, independientemente de la fecha en que revista el carácter de imponible en virtud de la práctica ordinaria local[20].

34. Pocas controversias parecen haber surgido con respecto a la exención de los organismos especializados y del OIEA en materia de impuestos directos. En todo caso, cuando han surgido esas controversias, la cuestión se ha resuelto, normalmente, de manera satisfactoria[21].

35. Con arreglo a lo previsto en la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, éstos pagan una «remuneración por servicios de utilidad pública». Se han planteado cuestiones relativas a la interpretación de esa frase. En la mayoría de los casos presentados se ha logrado un acuerdo satisfactorio y la organización involucrada ha obtenido la exención[22].

36. Según un estudio preparado por la Secretaría y presentado al 19.° período de sesiones de la CDI, parecería que el Consejero Jurídico de las Naciones Unidas ha debido negociar en varias oportunidades con las autoridades estatales competentes sobre la interpretación de las reglas de exención, para llegar, finalmente, en la gran mayoría de los casos, a una solución satisfactoria[23].

37. En lo que respecta a los impuestos sobre los haberes financieros de las Naciones Unidas, un estudio preparado por la Secretaría y presentado al 37.° período de sesiones de la CDI indica que, por ejemplo, el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas se dirigió por escrito, el 11 de julio de 1977, al Representante Permanente de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas en referencia al reconocimiento por las autoridades competentes de los

---

[16] Consejo de Europa, *Privilèges et immunités des organisations internationales*, resolución 69 (29) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de septiembre de 1969, e informe explicativo, Estrasburgo, 1970, pág. 32, párr. 61.

[17] Véase *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 252, documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2, párr. 152. En el mismo sentido, véase el memorando dirigido al Jefe del Servicio de Misiones de la Oficina de Servicios Generales por el Asesor Jurídico, en Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1972* (N.° de venta: S.74.V.1), págs. 160 y 161.

[18] Véase *Privilèges et immunités des organisations internationales...* (nota 16 *supra*), pág. 32, párr. 60.

[19] *Anuario 1967*, vol. II (véase nota 17 *supra*), págs. 254 a 256, párr. 167.

[20] *Ibid.*

[21] Véanse *Anuario . 1985*, vol. II (primera parte), Adición, págs. 205 y 206, documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, y *Anuario.. 1967*, vol. II (nota 17 *supra*), págs. 318 y 319.

[22] Véase *Anuario . 1985*, vol. II (primera parte), Adición (nota 21 *supra*).

[23] Véase *Anuario 1967*, vol. II (nota 17 *supra*), págs. 249 a 258, párrs. 143 a 174.

Estados Unidos de la exención de la Organización, en virtud, entre otros, de la Convención General, del impuesto a la transferencia de acciones recaudado en uno de los Estados de la Unión respecto de las transferencias pertinentes ejecutadas en nombre de todos los activos de las Naciones Unidas, en particular de la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas. En su nota, el Asesor Jurídico concluía:

> La posición de las Naciones Unidas es que la práctica del Estado interesado debe ajustarse a las obligaciones internacionales de su país, y que es en esa luz que se debe interpretar la ley de impuesto a la transferencia de acciones.

A continuación, la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas comunicó al Asesor Jurídico que a raíz de un estudio de la cuestión por la Comisión del Estado de Nueva York sobre impuestos y finanzas se había establecido una norma en el sentido de que la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas estaba exenta del impuesto sobre la transferencia de acciones del Estado de Nueva York[24].

38. El informe del Comité de la Conferencia de San Francisco, encargado de la redacción del Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, señala que «si hay un principio seguro es el de que ningún Estado Miembro puede entorpecer en modo alguno los trabajos de la Organización ni adoptar ninguna medida cuyo efecto pueda ser el de aumentar sus cargas, financieras o de otro tipo»[25].

39. El Acuerdo firmado entre las Naciones Unidas y Suiza contiene, en la sección 5 del artículo II, la cláusula siguiente:

> Las Naciones Unidas, sus haberes, ingresos y otros bienes estarán
>
> *a*) Exentos de todo impuesto directo o indirecto, federal, cantonal o comunal, entendiéndose, sin embargo, que las Naciones Unidas no reclamarán exención alguna en concepto de impuestos que, de hecho, no constituyen sino una remuneración por servicios de utilidad pública,
>
> *b*) Exentos del impuesto de timbre sobre los cupones, instituido por la ley federal suiza del 25 de junio de 1921, y del impuesto anticipado instituido por Decreto del Consejo Federal, de fecha 1 ° de septiembre de 1943, complementado por Decreto del Consejo Federal, de fecha 31 de octubre de 1944. La exención se efectuará mediante el reembolso a las Naciones Unidas de los impuestos aplicados sobre sus haberes;
>
> [...]

40. De acuerdo con la posición mantenida por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, que se reflejó en el estudio preparado por la Secretaría (párr. 36 *supra*), puesto que la Convención General fue redactada para dar una aplicación uniforme en todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, el sentido que se debe dar al término «impuestos directos» no puede depender del sentido específico que se dé a esa expresión en la legislación fiscal de un Estado en particular. De manera que mientras que los términos «impuestos directos» e «indirectos» se interpreten de forma diversa en las distintas legislaciones nacionales de los Estados Miembros, de conformidad con el sistema impositivo o las técnicas administrativas adoptadas, el sentido que se da a esos términos en relación con la aplicación de la Convención General se ha de encontrar refiriéndose a la naturaleza de ese instrumento y a la incidencia del impuesto de que se trate, es decir, según la parte sobre quien recaiga directamente la carga impositiva. Además, al interpretar la Convención, las Naciones Unidas y sus Miembros deben atenerse a los principios generales de la Carta y en particular al Artículo 105 de la misma, que estipula que la Organización gozará de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. De conformidad con esa disposición ningún Estado Miembro puede entorpecer las actividades de la Organización o tomar medidas que puedan incrementar sus cargas financieras o de otro tipo, opinión que fue expresada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional. Por lo tanto, en virtud del artículo II de la Convención, la Organización está exenta del pago de todo impuesto directo y se le tiene que conceder la devolución o remisión de la cantidad correspondiente al impuesto indirecto cuando su suma sea lo bastante importante para hacerlo administrativamente posible[26].

41. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados consagra el mismo principio. No parece que en la práctica se hayan presentado mayores dificultades para su aplicación[27].

42. Ciertos acuerdos de sede se refieren específicamente a la exoneración sobre los inmuebles de los cuales la organización internacional es propietaria y están ocupados por sus servicios. El más preciso de estos acuerdos, sin lugar a dudas, es el firmado entre Italia y la FAO, en el cual se exonera a la Organización de cualquier forma de impuesto directo, en particular del impuesto sobre la propiedad mobiliaria *(imposta sui redditi di ricchezza mobile)*, del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria *(imposta sui redditi dei terreni)*, del impuesto sobre la renta proveniente de edificios *(imposta sui redditi dei fabbricati)*, impuesto sobre el capital *(imposta sul patrimonio)* y sobre todos los impuestos locales *(sovra imposte locali)* (art. VIII, secc. 19 *a*).

43. Algunas legislaciones nacionales establecen la diferencia entre tasa e impuesto. El impuesto, económicamente hablando, es la contribución que le corresponde aportar a cada ciudadano para sufragar los gastos del Estado, y, administrativamente, es un acto de autoridad.

44. Por el contrario, la tasa representa la compensación por una prestación recibida. En primer lugar, es el precio de un servicio por el cual hay que pagar. En algunos casos la remuneración por el servicio debe efectuarse por medios semiadministrativos, pero tal procedimiento no altera la naturaleza de la tasa. Es por ello que la Convención General (art. II, secc. 7) y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (art. III, secc. 9 *a*), al establecer la exoneración de los impuestos directos e indirectos, reservan, sin embargo, expresamente lo referente a la remuneración de «servicios de utilidad pública» o «servicios de utilidad gene-

[24] Véase *Anuario 1985*, vol II (primera parte), Adición (nota 21 *supra*), págs. 174 y 175, párrs 26 y 27.

[25] Véase *Documentos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional*, San Francisco, 1945, vol XIII, pág. 784

[26] *Anuario . 1967*, vol II (nota 17 *supra*), pág 250, párr. 145

[27] *Ibid* , pág 318, párr 54

ral», la cual está obligada a pagar la organización internacional que se beneficie de tales prestaciones.

45. Disposiciones análogas se encuentran en el Acuerdo General sobre los Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa (art. 7 *a*); en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas (arts. 23 y 34) y sobre relaciones consulares (arts. 32 y 49 *a*); sobre las misiones especiales (art. 24); y sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (art. 24).

46. En algunas legislaciones nacionales esta distinción, hecha ya desde hace mucho tiempo por la doctrina, entre impuesto y tasa, se ha ido complicando con nuevas divisiones y clasificaciones. En lo referente a las organizaciones internacionales, el *Modus Vivendi* de 1926 celebrado entre Suiza y la SDN estableció, en su artículo VIII, el criterio para determinar lo que debe entenderse por «tasa»:

> Por «tasa» deben entenderse solamente —y cualquiera que sea la expresión empleada en las prescripciones que regulan la materia— las contribuciones correlativas de una contraprestación especial y precisa de la administración a la persona que paga, así como aquellas que son abonadas para cubrir gastos particularmente necesarios por causa del contribuyente[28].

47. De acuerdo con todo lo expuesto, se puede concluir que las organizaciones internacionales intergubernamentales deben gozar, y gozan efectivamente, al igual que los Estados y las Misiones Diplomáticas que los representan, de las inmunidades fiscales necesarias e indispensables para el cabal cumplimiento de sus funciones oficiales.

B.—Las franquicias aduaneras

48. Para el cabal cumplimiento de sus funciones oficiales, las organizaciones internacionales intergubernamentales, como se ha visto, deben gozar de la mayor independencia con relación a los Estados que las integran. Tal independencia no debe ser trabada en ninguna forma. Es por ello que parece haberse aceptado el principio de la libre circulación de los artículos y de los capitales de las organizaciones internacionales, el cual constituye uno de los elementos básicos para preservar y garantizar esa independencia.

49. Por lo tanto parece lógico que todos los textos jurídicos, sean éstos acuerdos bilaterales, convenciones multilaterales o decisiones unilaterales, así como la práctica de los Estados, relativos a esta materia, consagren el principio de la libertad de circulación de los artículos, publicaciones y capitales de las organizaciones internacionales.

50. En efecto, como una organización internacional intergubernamental es una creación de los Estados que la integran, los cuales son iguales entre ellos, éstos deben colocarse en un mismo pie de igualdad con respecto a la organización de la cual son miembros. No sería aceptable que un Estado pudiera sacar un provecho fiscal injustificado de los fondos puestos a la disposición de una organización internacional.

51. La sección 7 del artículo II de la Convención General establece que:

> La Organización de las Naciones Unidas, sus haberes, ingresos y otros bienes están:
>
> [...]
>
> *b*) Exentos de todos los derechos de aduana y prohibiciones y restricciones de importación y de exportación respecto de los artículos importados o exportados por la Organización de las Naciones Unidas para su uso oficial; entendiéndose, sin embargo, que los artículos importados con tal exención no serán vendidos en el país en el cual han sido introducidos, sino conforme a condiciones convenidas con el gobierno de tal país.
>
> [...]

52. Disposiciones análogas figuran en los siguientes acuerdos: la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (artículo III, sección 9 *b*); el Acuerdo General sobre los Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa (artículo 7 *b*); el Protocolo adicional de dicho Acuerdo (art. 4); el Acuerdo entre Suiza y las Naciones Unidas (art. II, sección 5 *c*); el Convenio entre las Naciones Unidas y Chile (art. IV, sección 10 *b*); el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Tailandia (art. II, sección 8 *b*); el Acuerdo de ejecución entre Suiza y la OIT (art. I); el Acuerdo entre la OACI y el Canadá (art. II, sección 6 *b*), y el Acuerdo entre Italia y la FAO (art. VIII, sección 19 *c*).

53. Muchos de esos acuerdos establecen los mismos privilegios en favor de las publicaciones de las organizaciones internacionales, como se indicó anteriormente en el quinto informe[29].

54. Pero si la libre circulación de los artículos de las organizaciones internacionales es fundamental y necesaria para el cumplimiento de los fines para los cuales han sido creadas, los Estados tienen, desde luego, el derecho de protegerse contra cualquier abuso o cualquier falsa interpretación del principio que pueda permitir desvirtuar la verdadera finalidad del mismo.

55. Aun cuando en su mayoría ninguno de los acuerdos citados incluye expresamente el control del Estado, existen diferencias en la redacción de los mismos que imponen ciertas limitaciones en la aplicación del principio de la exoneración. Así, por ejemplo, en el acuerdo entre Italia y la FAO se determina que la cantidad de vehículos que la Organización puede importar será de doce como máximo (art. VIII, secc. 19 *d*). Por el contrario, el acuerdo celebrado entre el OIEA y Austria no establece ninguna limitación en lo referente a este renglón (art. VIII, secc. 22 *e*). Otros acuerdos son aún mucho más amplios y enumeran una serie de artículos indeterminados a los cuales se acuerda la exoneración. Así sucede, por ejemplo, en el acuerdo entre el OOPS y el Gobierno de Egipto cuyo artículo III establece que estarán exentos de derechos de aduana «los suministros, provisiones, productos y equipos, incluso los productos petrolíferos»[30].

---

[28] Véase *Textes législatifs*, vol. II, pág. 135.

[29] Véase documento A/CN.4/438, párrs. 48 a 65, reproducido en el presente volumen.

[30] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 121, pág. 107.

56. Es necesario, pues, que exista un equilibrio entre los dos principios: por una parte, el de la libre circulación de los artículos que importen o exporten para su uso oficial las organizaciones internacionales, y, por la otra, el derecho que asiste al Estado de proteger sus intereses y su seguridad. En el mismo acuerdo entre el OOPS y Egipto se establece que:

2) A reserva de las medidas referentes a la seguridad y al orden público, quedarán exentos de la visita y del registro los suministros, provisiones, productos y equipos anteriormente mencionados.

Esta exención podrá ser suspendida si la aduana comprueba que se presta a abusos[31].

57. Antes de la adopción de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, el régimen aplicado a las organizaciones internacionales en esta materia era, en la mayoría de los casos, semejante al aplicado a las misiones diplomáticas. Así, por ejemplo, según el acuerdo firmado con los Estados Unidos de América, la OEA se beneficia de los mismos privilegios aduaneros acordados a los gobiernos extranjeros, según los términos de la Ley sobre las inmunidades de las organizaciones internacionales *(International Organizations Immunities Act)*. En efecto, el apartado *d* de la sección 2 del título I de dicha Ley establece que:

En lo que respecta a derechos de aduana o impuestos para las rentas internas gravados sobre la importación o por razón de la misma y los procedimientos en conexión con ella; el registro de agentes extranjeros; y el tratamiento de comunicaciones oficiales, los privilegios, exenciones e inmunidades a los cuales tengan derecho las organizaciones internacionales serán los que se otorgan en circunstancias similares a gobiernos extranjeros[32].

58. Cuando la OIT hubo de trasladarse al Canadá, a consecuencia de la segunda guerra mundial, el Subsecretario de Estado para Asuntos Exteriores de dicho país determinó, por nota oficial, que «en materia de aduanas y de derechos de aduana, la Oficina Internacional del Trabajo gozará en el Canadá de una situación análoga a la de una legación extranjera»[33].

59. Pero después de la adopción de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas la situación ha cambiado. Ahora existe una diferencia favorable a las organizaciones internacionales. Los privilegios aduaneros acordados a estas últimas parecen ser más amplios que los acordados a las misiones diplomáticas. En efecto, el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena establece de entrada una limitación a la exoneración al estipular que:

1. El Estado receptor, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue, permitirá la entrada con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos:

a) De los objetos destinados al uso oficial de la misión;

[...]

60. Igual limitación se establece en la Convención de Viena sobre relaciones consulares (art. 50) y en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (art. 35).

61. Por otra parte, los Estados pueden condicionar la aplicación y limitar la amplitud del privilegio acordado en virtud del principio de la reciprocidad. Según Cahier, la CDI se refiere igualmente a la posibilidad que tienen los Estados de atenuar la exoneración acordada a las misiones diplomáticas[34].

62. Este tipo de restricciones no se encuentra en los textos pertinentes relativos a las exoneraciones aduaneras de las organizaciones internacionales. La idea que predomina es la de que la libre circulación de los artículos de las organizaciones internacionales no debe ser entorpecida ni por la imposición de derechos de aduana, sea para la importación, sea para la exportación, medidas de carácter económico, ni por medidas de carácter administrativo destinadas a la prohibición o a la restricción de la importación o de la exportación, las cuales atentarían contra el principio de la igualdad de los Estados y de la libertad de acción de las organizaciones internacionales.

63. El régimen de exoneración total aplicado a las organizaciones internacionales, sin embargo, está acompañado de ciertas reglas de procedimiento, las cuales, si bien no pretenden establecer un control absoluto por parte del Estado, permiten, por los menos a éste, enterarse de las importaciones efectuadas por las organizaciones internacionales y prever o atenuar los posibles abusos. Muchos Estados exigen, tanto a las misiones diplomáticas como a las organizaciones internacionales, hacer una solicitud escrita para obtener la franquicia «de acuerdo con los privilegios diplomáticos», en la cual se hagan constar la naturaleza, el valor, el peso, la cantidad, el origen, etc., así como la constancia, expedida por el Jefe de la misión o el Director o el Secretario General de la organización internacional, de que las mercancías o los artículos están destinados al uso oficial.

64. Algunos Estados, además, exigen la presentación de una declaración de aduana al momento de la importación. Sin embargo, pese a estas formalidades, sin consecuencias importantes en la práctica, el privilegio exonera a las organizaciones internacionales de la obligación de solicitar autorización, licencia o visa, o de someterse a limitaciones cuantitativas o de cuotas.

65. Esa exoneración tan amplia, tanto en materia fiscal como aduanera, tiene, sin embargo, un límite definido, en todos los convenios y acuerdos citados, por la expresión «uso oficial». Es decir que los artículos importados en franquicia en conformidad con los privilegios acordados a las organizaciones internacionales no pueden destinarse a fines distintos a las necesidades de la organización internacional para llevar a cabo las actividades destinadas a realizar los fines para los cuales fue creada. Esto está en la lógica del sistema pues, de no ser así, la igualdad de todos con respecto al régimen aduanero común sería quebrantada.

66. Es fácil pensar que en la práctica pueden presentarse dificultades por el hecho de que, si bien los textos contenidos en los instrumentos jurídicos pertinentes em-

[31] *Ibid.*

[32] Véanse notas 14 y 15 *supra*.

[33] Véase Boletín Oficial de la Oficina Internacional del Trabajo, vol. XXV, 1.° de abril de 1944, pág. 78.

[34] *Op. cit.*, pág. 192.

plean la expresión «uso oficial», no la definen. Sin embargo, no parece que se hayan presentado problemas demasiado complejos para establecer una definición, pese a la existencia de sectores sensibles, como lo son, por ejemplo, el de los productos alimenticios, del alcohol, del tabaco y de la gasolina. Los Estados, celosos de sus prerrogativas fiscales y aduaneras, tienden a limitar al máximo las necesidades funcionales de las organizaciones internacionales en estos sectores.

67. El Canadá, en una *Order in Council* adoptada el 4 de abril de 1952, define la expresión «uso oficial» de la manera siguiente:

> «Uso oficial» significa uso para promover los objetivos de las Naciones Unidas y no para asegurar el beneficio financiero del importador o de otra persona[35].

68. En una consulta hecha al Fiscal General del Estado de Nueva York, en 1946, sobre la importación con franquicia de bebidas alcohólicas destinadas a las recepciones oficiales de las Naciones Unidas, el Fiscal, en la opinión emitida, se refirió a la Ley N.° 291 *(United States Public Law 291)*, la cual, como ya se ha indicado (párr. 23 *supra*), asimila los privilegios de las organizaciones internacionales a los de los gobiernos extranjeros. El Fiscal General declaró:

> Limitando esta decisión a las importaciones de las Naciones Unidas destinadas a cubrir sus propias atenciones sociales oficiales, opino que la Dirección de Bebidas Alcohólicas del Estado debería reconocer los derechos conferidos por la *Public Law 291* del Congreso de los Estados Unidos y permitir el despacho de esa partida de licores a las Naciones Unidas, a solicitud de la Organización en la que se especifiquen la cuantía y la naturaleza de la expedición[36].

69. Sobre la misma cuestión se pronunció el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en 1959, en relación con el derecho de los directores de los centros de información de la Organización de importar con franquicia bebidas alcohólicas:

> Las importaciones de licores para las recepciones oficiales deberían, en los términos de la sección 7 *b* de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, estar exentas del pago de derechos de aduana. Este principio se aplica también a la gasolina, siempre que sea para «uso oficial»[37].

70. Tanto la Convención General (art. II, secc. 7 *b*) como la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (art. III, secc. 9 *b*) establecen expresamente que:

> ...entendiéndose, sin embargo, que los artículos importados con tal exención no serán vendidos en el país en que hayan sido introducidos sino conforme a condiciones convenidas con el gobierno de tal país.

71. Es evidente que si los artículos introducidos con franquicia son vendidos, dejan de tener el carácter de «uso oficial» de la organización y ésta deberá pagar los derechos de aduana en proporción al valor residual del artículo y de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias del Estado donde fue introducido o según las modalidades acordadas entre éste y la organización. Cuando se trata de ceder el artículo a otra organización internacional que goza igualmente de privilegios en cuanto al pago de los derechos, desde luego no es procedente pagar los derechos de aduana.

72. En el texto de algunos instrumentos jurídicos se habla no solamente de la venta sino también de la cesión gratuita; tal es el caso, por ejemplo, del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, que se refiere a cualquier cesión «a título oneroso o gratuito» (art. 4 *b*).

73. En 1964 el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en una opinión emitida en respuesta a una consulta de un Asesor Jurídico de un órgano subsidiario de las Naciones Unidas, precisaba las condiciones que deben regir la venta de artículos introducidos con franquicia aduanera de la manera siguiente:

> Si bien las condiciones de venta deben convenirse con el país huésped, nunca se pretendió que estas condiciones se estableciesen de manera unilateral y arbitraria, sino que se concertasen con el fin de proteger los intereses legítimos de ambas partes, es decir, para proteger al país invitante contra el abuso de los privilegios de importación y asegurar a las Naciones Unidas y a su personal el ejercicio efectivo de estos privilegios a los fines para los que fueron previstos[38].

74. Las organizaciones internacionales se benefician, pues, de la exoneración aduanera para los artículos importados o exportados para su uso oficial. La exoneración no se aplica a los gastos de almacenaje, de acarreo o de servicios similares. Por otra parte, el Estado en cuyo territorio la organización internacional introduce los artículos con franquicia está en el derecho de imponer condiciones en cuanto a la cesión a título oneroso o gratuito de dichos artículos en su territorio. Tiene igualmente la facultad de ejercer cierto control sobre dichas importaciones y exportaciones, con el fin de evitar abusos o interpretaciones que puedan desvirtuar la aplicación del principio de la libertad de circulación de los artículos de las organizaciones internacionales, y para proteger sus intereses y su seguridad.

---

[35] *Textes législatifs*, vol. I, pág. 14.

[36] *Anuario... 1967*, vol. II (véase nota 17 *supra*), pág. 258, párr. 178.

[37] *Ibid.*, párr. 179.

[38] *Ibid.*, pág. 260.

III.—Proyectos de artículos 18 a 22

75. De acuerdo con lo expuesto en el presente informe, el Relator Especial propone los siguientes proyectos de artículos, como parte V del proyecto de artículos, correspondientes a las inmunidades fiscales y las franquicias aduaneras de las organizaciones internacionales intergubernamentales de carácter universal.

PARTE V

INMUNIDADES FISCALES Y FRANQUICIAS ADUANERAS

Artículo 18

Las organizaciones internacionales, sus haberes, ingresos y otros bienes afectados a sus actividades oficiales estarán exentos de todo impuesto directo, entendiéndose, sin embargo, que las organizaciones internacionales no reclamarán exención alguna por concepto de impuestos que, de hecho, no constituyan sino una remuneración por servicios de utilidad pública.

Artículo 19

1. Las organizaciones internacionales estarán exentas de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales sobre los locales de la organización de los cuales sean propietarias o inquilinas, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados.

2. La exención fiscal a la cual se refiere este artículo no se aplicará a los impuestos y gravámenes que, conforme a las disposiciones legales del Estado huésped, estén a cargo del particular que contrate con la organización internacional.

Artículo 20

Las organizaciones internacionales, sus haberes, ingresos y otros bienes, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue el Estado huésped, estarán exentos:

***a*) de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, así como de prohibiciones y restricciones de importación y exportación, respecto a los artículos importados o exportados por las organizaciones internacionales para su uso oficial, entendiéndose, sin embargo, que los artículos importados con tal exención no podrán ser cedidos gratuitamente ni vendidos en el país donde hayan sido introducidos, sino conforme a condiciones convenidas con el gobierno de tal país;**

***b*) de derechos de aduana y de prohibiciones y restricciones respecto a la importación y exportación de sus publicaciones destinadas al uso oficial.**

Artículo 21

1. Las organizaciones internacionales no reclamarán, en principio, la exención de impuestos al consumo, ni de impuestos sobre la venta de bienes muebles e inmuebles incluidos en el precio que se haya de pagar.

2. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, cuando las organizaciones internacionales efectúen, para su uso oficial, compras importantes de bienes gravados o gravables con tales derechos e impuestos, los Estados Partes [en la presente Convención*] adoptarán, siempre que así les sea posible, las disposiciones administrativas pertinentes para la remisión o reembolso de la cantidad correspondiente a tales derechos o impuestos.

Artículo 22

Para los efectos de los artículos precedentes, se entiende por actividad oficial o uso oficial, los relativos a la realización de los fines de la organización internacional.

---

* Las palabras «en la presente Convención» se han puesto entre corchetes con el fin de no prejuzgar sobre la forma definitiva que se dará a los proyectos de artículos.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 43.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN 4/434	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, véase *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), cap I, párr 7
A/CN 4/435 [y Corr 1] y Add 1 [y Corr 1]*	Noveno informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr Doudou Thiam, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen
A/CN 4/436 [y Corr 1 a 3]	Séptimo 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	*Idem*
A/CN 4/437 [y Corr 1]	Séptimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr Julio Barboza, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/438 [y Corr 1]	Quinto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr Leonardo Díaz González, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/439	Sexto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr Leonardo Díaz González, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/440 y Add 1	Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/L 456	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado
A/CN 4/L 457	Proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes — Títulos y textos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura artículos 1 a 23	Texto reproducido en *Anuario 1991*, vol I, actas resumidas de las sesiones 2218ª (párrs 23 y ss), 2219ª (párrs 15 y ss), 2220ª (párr 59) y 2221ª (párrs 9 a 60)
A/CN 4/L 458 [y Corr 1] y Add 1	Proyectos de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación — Títulos y textos aprobados por el Comité de Redacción partes I, II y VI del proyecto de artículos, artículos 2, 10 y 26 a 33	*Idem*, actas resumidas de las sesiones 2228ª (párr 67), 2229ª (párrs 12 y ss) y 2230ª (parrs 6 y ss)
A/CN 4/L 459 [y Corr 1] y Add 1	Proyectos de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad — Títulos y textos aprobados por el Comite de Redacción partes I y II, artículos 1 a 26	*Idem*, actas resumidas de las sesiones 2236ª (párrs 14 y ss), 2237ª (parrs 34 y ss), 2239ª (párrs 2 y ss), 2240ª (párrs 2 y ss) y 2241ª (párrs 26 y ss)
A/CN 4/L 460	[Signatura no utilizada]	
A/CN 4/L 461	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43 º periodo de sesiones capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N º 10* (A/46/10) El texto definitivo figura en el *Anuario 1991*, volumen II (segunda parte)
A/CN 4/L 462 y Add 1 [y Corr 2 y 3], Add 2 [y Corr 1] y Add 3 [y Corr 1]	*Idem* capitulo II (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	*Idem*

* Las correcciones a los documentos A/CN 4/435 y A/CN 4/435/Add 1 figuran en un solo documento

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.463 [y Corr.1] y Add.1 a 4	*Idem:* capítulo III (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	*Idem.*
A/CN.4/L.464 y Add.1 a 4	*Idem:* capítulo IV (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	*Idem.*
A/CN.4/L.465	*Idem:* capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	*Idem.*
A/CN.4/L.466	*Idem:* capítulo VI (Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales [segunda parte del tema])	*Idem.*
A/CN.4/L.467	*Idem:* capítulo VII (Responsabilidad de los Estados)	*Idem.*
A/CN.4/L.468 [y Corr.1]	*Idem:* capítulo VIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	*Idem.*
A/CN.4/SR.2205 a A/CN.4/SR.2252	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2205.ª a 2252.ª	Mimeografiado. El texto definitivo figura en el *Anuario... 1991*, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او 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营处均有发售。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 ОРГАННЗАЦИИ 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.

Printed at United Nations, Geneva
GE.94-65069
August 1995–535

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-333217-3

United Nations publication
Sales No. S.93.V.9 (Part 1)
ISBN 92-1-333215-7

ISSN 0497-9885