INFORME
DE LA COMISION
DE DERECHO INTERNACIONAL
sobre la labor realizada
en su 43º período de sesiones

---

29 de abril a 19 de julio de 1991

ASAMBLEA GENERAL

DOCUMENTOS OFICIALES: CUADRAGESIMO SEXTO PERIODO DE SESIONES

SUPLEMENTO No. 10 (A/46/10)

NACIONES UNIDAS

344p.

INFORME
DE LA COMISION
DE DERECHO INTERNACIONAL
sobre la labor realizada
en su 43º período de sesiones

---

29 de abril a 19 de julio de 1991

ASAMBLEA GENERAL

DOCUMENTOS OFICIALES: CUADRAGESIMO SEXTO PERIODO DE SESIONES

SUPLEMENTO No. 10 (A/46/10)

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 1991

NOTA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales 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 mediante la palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario ..., 1971*).

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1991* se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN 0251-8570

[Original: árabe/chino/español
francés/inglés/ruso]
[10 de septiembre de 1991]

INDICE

Capítulo		Párrafos	Página
I.	INTRODUCCION	1 - 16	1
	A. Composición de la Comisión	2	1
	B. Mesa	3 - 4	2
	C. Comité de Redacción	5	3
	D. Secretaría	6	3
	E. Programa	7 - 8	3
	F. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 43° período de sesiones	9 - 16	4
II.	INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES	17 - 28	8
	A. Introducción	17 - 24	8
	B. Recomendación de la Comisión	25 - 26	10
	C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Motoo Ogiso	27	10
	D. Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	28	11
	Parte I. INTRODUCCION		11
	Artículo 1. Alcance de los presentes artículos		11
	Artículo 2. Términos empleados		12
	Artículo 3. Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos		34
	Artículo 4. Irretroactividad de los presentes artículos		38
	Parte II. PRINCIPIOS GENERALES		39
	Artículo 5. Inmunidad del Estado		39
	Artículo 6. Modo de hacer efectiva la inmunidad el Estado		42
	Artículo 7. Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción		48

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
II. (cont.)	Artículo 8. Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal		57
	Artículo 9. Reconvenciones		64
	Parte III. PROCESOS EN QUE LA INMUNIDAD DEL ESTADO NO PUEDE SER INVOCADA		72
	Artículo 10. Transacciones mercantiles		73
	Artículo 11. Contratos de trabajo		100
	Artículo 12. Lesiones a las personas y daños a los bienes		109
	Artículo 13. Propiedad, posesión y uso de bienes		114
	Artículo 14. Propiedad intelectual e industrial		118
	Artículo 15. Participación en sociedades u otras colectividades		122
	Artículo 16. Buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado		126
	Artículo 17. Efectos de un convenio arbitral .		137
	Parte IV. INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS ADOPTADAS EN RELACION CON UN PROCESO ANTE UN TRIBUNAL		143
	Artículo 18. Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas		144
	Artículo 19. Clases especiales de bienes		152
	Parte V. DISPOSICIONES DIVERSAS		156
	Artículo 20. Notificación de la demanda		156
	Artículo 21. Sentencia dictada en ausencia ...		158
	Artículo 22. Privilegios e inmunidades durante la sustanciación del proceso ante un tribunal		161

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
III.	EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACION	29 - 59	163
	A. Introducción	29 - 34	163
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	35 - 58	164
	C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Stephen C. McCaffrey	59	172
	D. Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación		173
	1. Texto de los artículos aprobados *provisionalmente* por la Comisión en primera lectura		173
	2. Texto de los artículos 2, 10, 26 a 29 y 32, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43° período de sesiones		185
IV.	PROYECTO DE CODIGO DE CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD	60 - 176	213
	A. Introducción	60 - 66	213
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	67 - 175	215
	1. Examen del noveno informe del *Relator Especial*	67 - 165	215
	a) Penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ..	70 - 105	217
	i) Inclusión de las penas en el proyecto de código o remisión al derecho interno de los Estados	78 - 79	220
	ii) Pena única o pena para cada crimen .	80 - 82	221
	iii) El sistema de penas aplicables	83 - 98	222
	iv) Conclusiones del Relator Especial ..	99 - 105	228

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
IV. (cont.)	b) La competencia de un tribunal penal internacional	106 - 140	231
	i) Naturaleza o alcance de la competencia	114 - 117	235
	ii) Competencia objetiva	118 - 121	237
	iii) Atribución de la competencia	122 - 126	238
	iv) Otros aspectos relativos a la competencia	127 - 140	241
	c) El ejercicio de la acción penal	141 - 165	245
	i) Los titulares del derecho a la jurisdicción penal	146 - 152	246
	ii) Las funciones respectivas de un tribunal penal internacional y del Consejo de Seguridad en caso de crimen de agresión o de amenaza de agresión	153 - 165	249
	2. Decisiones adoptadas por la Comisión en relación con el proyecto de artículos	166 - 175	254
C.	Homenaje al Relator Especial, Sr. Doudou Thiam	176	257
D.	*Proyecto de artículos sobre el proyecto de* código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad		258
	1. Texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura		258
	2. Texto de los artículos 3, 4, 5, 11, 14, 19, 20, 21, 22 y 26, con los comentarios correspondientes y el comentario a la parte II en su conjunto, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43° período de sesiones		270

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
V.	RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL	177 - 259	299
	A. Introducción	177 - 180	299
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	181 - 259	300
	1. Cuestiones generales	183 - 197	301
	2. Cuestiones concretas	198 - 259	307
	a) El título del tema	198 - 201	307
	b) La naturaleza del instrumento	202 - 212	308
	c) El ámbito del tema	213 - 221	311
	d) Principios	222 - 253	315
	i) Prevención	227 - 235	318
	ii) La reparación	236 - 253	320
	e) Espacios públicos internacionales (global commons)	254 - 259	326
VI.	RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (segunda parte del tema)	260 - 301	330
	A. Introducción	260 - 267	330
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	268 - 301	332
VII.	RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS	302 - 322	349
	A. Introducción	302 - 307	349
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	308 - 322	353
VIII.	OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISION	323 - 360	360
	A. Programa, procedimiento y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	323 - 339	360
	B. Cooperación con otros organismos	340 - 342	364

INDICE (continuación)

Capítulo			Párrafos	Página
VIII. (cont.)	C.	Otras actividades de cooperación relacionadas con la labor de la Comisión	343 - 344	364
	D.	Fecha y lugar del 44° período de sesiones	345	365
	E.	Representación en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General	346	365
	F.	Seminario sobre derecho internacional	347 - 357	365
	G.	Conferencia en memoria de Gilberto Amado	358 - 360	368
Anexo:		Informe del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo al Grupo de Planificación		370

Capítulo I

INTRODUCCION

1. La Comisión de Derecho Internacional, creada en virtud de la resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, celebró, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, anexo a esa resolución y modificado posteriormente, su 43° período de sesiones en su sede permanente, en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 29 de abril al 19 de julio de 1991. El período de sesiones fue abierto por el Sr. Jiuyong Shi, Presidente de la Comisión en su 42° período de sesiones.

A. Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Príncipe Bola Adesumbo AJIBOLA (Nigeria)
Sr. Husain AL-BAHARNA (Bahrein)
Sr. Awn AL-KHASAWNEH (Jordania)
Sr. Riyadh AL-QAYSI (Iraq)
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia)
Sr. Julio BARBOZA (Argentina)
Sr. Juri G. BARSEGOV (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas)
Sr. John Alan BEESLEY (Canadá)
Sr. Mohamed BENNOUNA (Marruecos)
Sr. Boutros BOUTROS-GHALI (Egipto)
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES (Brasil)
Sr. Leonardo DIAZ GONZALEZ (Venezuela)
Sr. Gudmundur EIRIKSSON (Islandia)
Sr. Laurel B. FRANCIS (Jamaica)
Sr. Bernhard GRAEFRATH (Alemania)
Sr. Francis Mahon HAYES (Irlanda)
Sr. Jorge E. ILLUECA (Panamá)
Sr. Andreas J. JACOVIDES (Chipre)
Sr. Abdul G. KOROMA (Sierra Leona)
Sr. Ahmed MAHIOU (Argelia)
Sr. Stephen C. McCAFFREY (Estados Unidos de América)
Sr. Frank X. NJENGA (Kenya)
Sr. Motoo OGISO (Japón)

Sr. Stanislaw PAWLAK (Polonia)

Sr. Alain PELLET (Francia)

Sr. Pemmaraju SREENIVASA RAO (India)

Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar)

Sr. Emmanuel J. ROUCOUNAS (Grecia)

Sr. César SEPULVEDA GUTIERREZ (México)

Sr. Jiuyong SHI (China)

Sr. Luis SOLARI TUDELA (Perú)

Sr. Doudou THIAM (Senegal)

Sr. Christian TOMUSCHAT (Alemania)

Sr. Alexander YANKOV (Bulgaria)

B. Mesa

3. En sus sesiones 2205a. y 2206a., el 29 y el 30 de abril de 1991, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente:	Sr. Abdul G. Koroma
Primer Vicepresidente:	Sr. John Alan Beesley
Segundo Vicepresidente:	Sr. César Sepúlveda Gutiérrez
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Stanislaw Pawlak
Relator:	Sr. Husain Al-Baharna

4. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del presente período de sesiones, los miembros de la Comisión que habían desempeñado anteriormente el cargo de Presidente de la Comisión 1/ y los Relatores Especiales 2/. El Presidente de la Mesa Ampliada fue el Presidente de la Comisión. Por recomendación de la Mesa Ampliada, la Comisión, en su 2222a. sesión, el 11 de junio de 1991, constituyó para el presente período de sesiones un Grupo de Planificación encargado de examinar el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación, y de informar al respecto a la Mesa Ampliada. El Grupo de Planificación estuvo integrado por los miembros siguientes:

1/ O sea: el Sr. Laurel B. Francis, el Sr. Doudou Thiam, el Sr. Alexander Yankov, el Sr. Stephen C. McCaffrey, el Sr. Leonardo Díaz González, el Sr. Bernhard Graefrath y el Sr. Jiuyong Shi.

2/ O sea: el Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, el Sr. Julio Barboza, el Sr. Leonardo Díaz González, el Sr. Stephen C. McCaffrey, el Sr. Motoo Ogiso y el Sr. Doudou Thiam.

Sr. John Alan Beesley (Presidente), Príncipe Bola Adesumbo Ajibola, Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Riyadh Al-Qaysi, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Sr. Julio Barboza, Sr. Leonardo Díaz González, Sr. Laurel B. Francis, Sr. Bernhard Graefrath, Sr. Jorge E. Illueca, Sr. Andreas J. Jacovides, Sr. Ahmed Mahiou, Sr. Frank X. Njenga, Sr. Stanislaw Pawlak, Sr. Emmanuel J. Roucounas, Sr. Christian Tomuschat.

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

C. Comité de Redacción

5. En sus sesiones 2205a. y 2206a., el 29 y el 30 de abril de 1991, la Comisión constituyó un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros:

Sr. Stanislaw Pawlak (Presidente), Sr. Husain Al-Baharna, Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Juri G. Barsegov, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Carlos Calero Rodrigues, Sr. Gudmundur Eiriksson, Sr. Francis Mahon Hayes, Sr. Abdul G. Koroma, Sr. Stephen C. McCaffrey, Sr. Motoo Ogiso, Sr. Alain Pellet, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Edilbert Razafindralambo, Sr. César Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Jiuyong Shi y Sr. Luis Solari Tudela.

D. Secretaría

6. El Sr. Carl-August Fleischhauer, Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico, asistió al período de sesiones y representó al Secretario General. El Sr. Vladimir S. Kotliar, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, desempeñó las funciones de Secretario de la Comisión y en ausencia del Asesor Jurídico representó al Secretario General. La Sra. Jacqueline Dauchy, Directora Adjunta de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, desempeñó las funciones de Secretaria Adjunta de la Comisión. La Sra. Sachiko Kuwabara y el Sr. Manuel Rama Montaldo, Oficiales Jurídicos Superiores, desempeñaron las funciones de Secretarios Ayudantes Superiores de la Comisión, y la Sra. Mahnoush H. Arsanjani y el Sr. Mpazi Sinjela, Oficiales Jurídicos, desempeñaron las funciones de Secretarios Ayudantes de la Comisión.

E. Programa

7. En su 2205a. sesión, el 29 de abril de 1991, la Comisión aprobó un programa para su 43° período de sesiones, con los temas siguientes:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de los Estados.
3. Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.
4. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
5. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
7. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema).
8. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
9. Cooperación con otros organismos.
10. Fecha y lugar del 44° período de sesiones.
11. Otros asuntos.

8. La Comisión examinó todos los temas de su programa. Celebró 48 sesiones públicas (2205a. a 2252a.) y, además, el Comité de Redacción de la Comisión celebró 55 sesiones, la Mesa Ampliada de la Comisión 2 sesiones y el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada 6 sesiones.

F. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 43° período de sesiones

9. La Comisión, en su 43° período de sesiones, avanzó mucho en el examen de tres temas de su programa. Concluyó el estudio del tema "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes" con la aprobación, en forma definitiva, de un proyecto de artículos. Además, la Comisión aprobó provisionalmente dos proyectos de artículos completos sobre otros dos temas de su programa, es decir, el "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" y "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación". Como se recordará, la Comisión había aprobado definitivamente en su 41° período de sesiones el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y los proyectos de protocolo de firma facultativa relativos a dicho estatuto. Así pues, la Comisión ha alcanzado durante el mandato de sus actuales miembros los objetivos que se había fijado al comienzo de dicho mandato.

10. Por lo que respecta al tema "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes", la Comisión, sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción 3/, aprobó en segunda lectura, como se indica en el párrafo anterior, un conjunto completo de artículos sobre el tema. Decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos y celebrar una convención sobre el tema 4/.

11. Por lo que respecta al tema "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación", la Comisión, como se ha indicado en el párrafo 9, aprobó en primera lectura un conjunto completo de artículos sobre el tema. Decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, que el proyecto se transmitiera, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que éstos enviaran sus comentarios y observaciones y que se pidiera que esos comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General antes del 1° de enero de 1993. En una primera fase de sus trabajos, la Comisión examinó el séptimo informe del Relator Especial, Sr. Stephen C. McCaffrey (A/CN.4/436 y Corr.1 a 3), que contenía en particular un proyecto de artículo titulado "Términos empleados" 5/. La Comisión convino en remitir ese artículo al Comité de Redacción. En una etapa ulterior, la Comisión, sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción 6/, aprobó provisionalmente los artículos 2 (Términos empleados), 10 (Relación entre los usos), 26 (Gestión), 27 (Regulación), 28 (Instalaciones), 29 (Cursos de agua internacionales en tiempo de conflicto armado) y 32 (No discriminación). También sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción, la Comisión aprobó versiones revisadas de artículos aprobados provisionalmente en períodos de sesiones anteriores 7/.

3/ Las recomendaciones del Comité de Redacción se examinaron en las sesiones 2218a. a 2221a., celebradas entre el 4 y el 7 de junio de 1991.

4/ Véase más abajo el capítulo II.

5/ El informe fue examinado en las sesiones 2215a. a 2218a., celebradas entre el 24 de mayo y el 4 de junio.

6/ Las recomendaciones del Comité de Redacción fueron examinadas en las sesiones 2228a. a 2231a., celebradas entre el 21 y el 27 de junio de 1991.

7/ Véase más abajo el capítulo III.

12. Por lo que respecta al tema "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", la Comisión, como se ha indicado en el párrafo 9, aprobó en primera lectura un conjunto completo de artículos sobre el tema. Decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, que el proyecto se transmitiera, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que enviaran sus comentarios y observaciones y que se pidiera que esos comentarios y observaciones fueran presentados al Secretario General antes del 1° de enero de 1993. En una primera fase de sus trabajos, la Comision examinó el noveno informe del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam (A/CN.4/435 y Add.1 y Corr.1), que contenía, entre otras cosas, un proyecto de artículo sobre las penas aplicables 8/. La Comisión decidió remitir ese proyecto de artículo al Comité de Redacción. En una fase ulterior la Comisión, sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción 9/, aprobó provisionalmente: i) los artículos 3 (Responsabilidad y castigo), 4 (Móviles) y 5 (Responsabilidad de los Estados) correspondientes al artículo 3 aprobado inicialmente; ii) los artículos 11 (Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico) y 14 (Causas de justificación y circunstancias atenuantes); iii) los artículos 19 (Genocidio), 20 (Apartheid), 21 (Violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos), 22 (Crímenes de guerra) y 26 (Daños intencionales y graves al medio ambiente). También sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción, la Comisión aprobó versiones revisadas de artículos aprobados provisionalmente en anteriores períodos de sesiones 10/.

13. El tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" fue examinado por la Comisión sobre la base del séptimo informe del Relator Especial, Sr. Julio Barboza (A/CN.4/L.437 y Corr.1) 11/. El informe contenía

---

8/ El informe fue examinado en las sesiones 2207a. a 2214a., celebradas entre el 14 y el 24 de mayo de 1991.

9/ Las recomendaciones del Comité de Redacción se examinaron en las sesiones 2236a. a 2241a., celebradas entre el 5 y el 12 de julio de 1991.

10/ Véase más abajo el capítulo IV.

11/ Este tema fue examinado en las sesiones 2221a. a 2228a., celebradas entre el 7 y el 21 de junio de 1991.

un nuevo examen de las principales cuestiones del tema cuyo objeto era delimitar zonas de acuerdo en la Comisión y facilitar la labor sobre el tema 12/.

14. El tema "Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)" fue examinado por la Comisión sobre la base de los informes quinto y sexto del Relator Especial, Sr. Leonardo Díaz González 13/. El quinto informe (A/CN.4/438 y Corr.1) contenía, entre otras cosas, cinco artículos, a saber, el artículo 12 (sobre los archivos) y los artículos 13 a 16 (sobre facilidades en materia de publicaciones y comunicaciones). El sexto informe (A/CN.4/439) contenía cinco artículos, a saber, los artículos 18 a 22 (sobre inmunidades fiscales y franquicias aduaneras). La Comisión convino en remitir todos los artículos al Comité de Redacción 14/.

15. Por lo que respecta al tema "Responsabilidad de los Estados", la Comisión escuchó la presentación del tercer informe del Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz (A/CN.4/440 y Add.1) 15/. El informe no se examinó por falta de tiempo 16/.

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

12/ Véase más abajo el capítulo V.

13/ El tema fue examinado en las sesiones 2232a. a 2236a., celebradas entre el 27 de junio y el 5 de julio de 1991.

14/ Véase más abajo el capítulo VI.

15/ El informe fue presentado en la sesión 2238a., el 10 de julio de 1991.

16/ Véase más abajo el capítulo VII.

Capítulo II

INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

A. Introducción

17. En su 30° período de sesiones, en 1978, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes" 17/ por recomendación del Grupo de Trabajo que había creado para que iniciara la labor sobre esta materia y en cumplimiento de la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1977.

18. En su 31° período de sesiones, en 1979, la Comisión dispuso del informe preliminar del Relator Especial, Sr. Sompong Sucharitkul. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió que se distribuyera un cuestionario a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a fin de obtener más información y conocer las opiniones de los gobiernos. La documentación recibida en respuesta al cuestionario fue presentada a la Comisión en su 33° período de sesiones, en 1981. Del 32° período de sesiones (1980) al 38° período de sesiones (1986), la Comisión recibió otros siete informes del Relator Especial 18/.

19. En su 38° período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, un proyecto completo de artículos sobre el tema 19/ que, de conformidad con los artículos 16 y 21 del Estatuto de la Comisión, fue transmitido a los gobiernos por conducto del Secretario General para que formularan comentarios y observaciones con la petición de que los presentaran al Secretario General a más tardar el 1° de enero de 1988.

17/ Anuario... 1978, vol. II (Segunda parte), págs. 149 a 152, párrs. 179 a 190.

18/ Por lo que respecta a esos otros siete informes del Relator Especial (informes segundo a octavo), véase Anuario... 1980, vol II (Primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/331 y Add.1; Anuario... 1981, vol. II (Primera parte), pág. 137, documento A/CN.4/340 y Add.1; Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), pág. 245, documento A/CN.4/357; Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1; Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 5, documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2; Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), pág. 21, documento A/CN.4/388; Anuario... 1986, vol. II (Primera parte), pág. 23, documento A/CN.4/396.

19/ Anuario... 1986, vol. II (Segunda parte), págs. 8 a 12.

20. En su 39° período de sesiones (1987), la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Motoo Ogiso. En su 40° período de sesiones (1988), la Comisión tuvo a su disposición las respuestas que se habían recibido de Estados Miembros y de Suiza 20/. La Comisión recibió también un informe preliminar del Relator Especial 21/.

21. En su 41° período de sesiones (1989), la Comisión dispuso del segundo informe del Relator Especial 22/, así como el informe preliminar presentado en su 40° período de sesiones, para proceder a la segunda lectura del proyecto de artículos. Después de haber examinado estos informes y los comentarios y observaciones de los gobiernos, la Comisión acordó remitir al Comité de Redacción los artículos 1 a 11 bis, junto con las propuestas del Relator Especial y las formuladas por algunos miembros durante el debate en el pleno 23/.

22. En su 42° período de sesiones (1990), la Comisión dispuso del tercer informe del Relator Especial 24/, sobre la base del cual la Comisión reanudó su examen de los artículos 12 a 28 del proyecto, incluido el título de la parte III. Habiendo terminado su examen, la Comisión decidió remitir estos artículos al Comité de Redacción, junto con las propuestas del Relator Especial y las presentadas en el pleno 25/.

23. El Comité de Redacción empezó su labor sobre la segunda lectura del proyecto de artículos en el 42° período de sesiones de la Comisión 26/, y lo terminó en su actual 43° período de sesiones. El informe del Comité de Redacción fue presentado por su Presidente 27/ y examinado en las sesiones 2218a. a 2221a., junto con el informe del Comité de Redacción sobre

---

20/ A/CN.4/410 y Add.1 y Corr.1 a Add.5.

21/ A/CN.4/415 y Corr.1 y 2.

22/ A/CN.4/422 y Corr.1 y A/CN.4/422/Add.1 y Corr.1.

23/ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), párr. 405.

24/ A/CN.4/431 y Corr.1.

25/ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), párr. 166.

26/ Ibid., párr. 167.

27/ Véase A/CN.4/SR.2218 a 2221.

su labor en el anterior período de sesiones que había sido presentado por el anterior Presidente del Comité de Redacción 28/. Sobre la base de estos informes la Comisión aprobó el texto final de un conjunto de 22 artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

De conformidad con su Estatuto, la Comisión los presenta a la Asamblea General, junto con una recomendación (véase más abajo, párrafo 25).

24. Algunos miembros plantearon la cuestión de las aeronaves propiedad de un Estado o explotadas por un Estado y utilizadas en un servicio comercial y la cuestión de los objetos espaciales. La Comisón, aun reconociendo la importancia de esta cuestión, opinó que era necesario dedicarle más tiempo y estudio.

B. Recomendación de la Comisión

25. En su 2235a. sesión, el 4 de julio de 1991, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que convocase una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiar el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y celebrar una convención sobre el tema.

26. La Comisión opinó que la cuestión del arreglo de controversias, acerca de la cual el anterior Relator Especial 29/, había propuesto varios artículos, podía ser examinada por la mencionada conferencia internacional, si ésta consideraba que debía establecerse en relación con el proyecto de artículos un mecanismo jurídico de solución de las controversias.

C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Motoo Ogiso

27. En su 2221a. sesión, el 7 de junio de 1991, la Comisión, tras haber aprobado el texto de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobó por aclamación la resolución siguiente:

> "La Comisión de Derecho Internacional,
>
> Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

---

28/ El informe fue presentado en la 2183a. sesión de la Comisión, en su 42° período de sesiones. Véase A/CN.4/SR.2183.

29/ Los artículos 29 a 33 y el anexo relativo al arreglo de controversias, que habían sido propuestos por el anterior Relator Especial, pero no examinados, se reproducen en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), párr. 611).

Desea expresar al Relator Especial, Sr. Motoo Ogiso, su profundo reconocimiento y su más sincera felicitación por el aporte inestimable que ha hecho a la preparación del proyecto con sus esfuerzos incansables y su dedicación a esta labor, y por los resultados conseguidos en la elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes."

D. Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

28. A continuación se reproduce el texto de los artículos 1 a 22 del proyecto, con sus comentarios, aprobados definitivamente por la Comisión en su 43° período de sesiones.

PROYECTO DE ARTICULOS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

Parte I

INTRODUCCION

Artículo 1

Alcance de los presentes artículos

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

Comentario

1) La finalidad de los presentes artículos es enunciar determinadas normas de derecho internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

2) El artículo 1 indica la materia a la que se aplicarán los artículos. En cualquier situación en que se plantee la cuestión de la inmunidad del Estado, parece inevitable referirse a algunas nociones o conceptos básicos. En primer lugar, el tema fundamental del presente proyecto de artículos son las "inmunidades jurisdiccionales". La expresión "inmunidades jurisdiccionales" se emplea en este contexto, no sólo en relación con el derecho de los Estados soberanos a la exención del ejercicio de la potestad jurisdiccional, que normalmente corresponde a los juzgados y tribunales en el ámbito del ordenamiento jurídico del Estado territorial, sino también en relación con el no ejercicio de todos los demás poderes administrativos y ejecutivos mediante cualesquiera medidas o procedimientos y por cualquier autoridad del Estado en lo referente a un proceso judicial. El concepto

abarca, pues, toda la actuación judicial, desde la iniciación o incoación del proceso, las notificaciones, la investigación, la instrucción, el juicio, las resoluciones judiciales que pueden constituir medidas cautelares o provisionales, hasta el pronunciamiento de las sentencias dictadas en las diversas instancias y la ejecución de las sentencias así dictadas o la suspensión del fallo y la dispensa de su ejecución. Hay que señalar además que el ámbito de aplicación de los artículos comprende, no sólo la cuestión de las inmunidades de un Estado respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el tribunal de otro Estado, sino también la de la inmunidad de un Estado respecto de las medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, adoptadas contra sus bienes en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, a tenor de lo dispuesto en la parte IV. En segundo lugar, para que se plantee la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales, es condición previa la existencia de dos Estados soberanos independientes, a saber, un Estado extranjero y el Estado del foro. Los artículos se refieren en general a "un Estado" y "otro Estado", pero se ha estimado útil utilizar en algunos artículos "Estado del foro" para mayor claridad. El artículo 2 contiene una definición del término "Estado" a los efectos de los presentes artículos.

3) Las palabras "ante los tribunales" tienen por objeto confirmar la idea de que el ámbito del presente tema está fundamentalmente circunscrito a la inmunidad de jurisdicción "ante los tribunales" de los Estados. El artículo 2 contiene una definición del término "tribunal".

Artículo 2

Términos empleados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por "tribunal" cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;

b) se entiende por "Estado":

i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;

ii) los elementos constitutivos de un Estado federal;

iii) las subdivisiones políticas del Estado que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;

iv) los organismos o instituciones del Estado y otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;

v) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter;

c) se entiende por "transacción mercantil":

i) todo contrato o transacción mercantil de venta de bienes o prestación de servicios;

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

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

2. Para determinar si un contrato o transacción es una "transacción mercantil" según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 relativas a la terminología empleada en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esta terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

Comentario

Párrafo 1

1) El presente artículo combina los primitivos artículos 2 y 3, aprobados provisionalmente en primera lectura, teniendo en cuenta la propuesta hecha en la Sexta Comisión de la Asamblea General y apoyada tanto por miembros de la Comisión de Derecho Internacional como por delegaciones en la Sexta Comisión.

Apartado a) del párrafo 1

2) Se estimó necesario definir el término "tribunal", en relación con el artículo 1. En el contexto de los presentes artículos, cualquier órgano de un Estado con potestad para ejercer funciones judiciales es un tribunal,

interdependientemente del nivel del órgano y cualquiera que sea la denominación que se utilice. Debe entenderse que el proyecto de artículos, aunque no define el término "proceso", no se aplica a los procesos penales.

3) Con respecto a la expresión "funciones judiciales", se advertirá que tales funciones varían de acuerdo con los distintos sistemas jurídicos y constitucionales. Por esta razón, la Comisión decidió no incluir en el presente artículo una definición de dicha expresión. Debe entenderse, sin embargo, que el ámbito de las funciones judiciales abarca tales funciones tanto si son ejercitadas por tribunales como por órganos administrativos. Las funciones judiciales se ejercen en las diferentes fases de un proceso judicial, antes de la incoación o durante la sustanciación del mismo, o en la fase final de ejecución de la sentencia. Tales funciones judiciales pueden comprender el fallo del litigio o la solución de la controversia, la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho, la adopción de medidas cautelares y de ejecución en todas las fases del proceso y las demás funciones administrativas y ejecutivas que suelen ejercer, por sí o por medio de otros, las autoridades judiciales de un Estado en relación con un proceso judicial o en el curso del mismo o de resultas de él. Aunque las funciones judiciales vienen determinadas por la estructura de la organización interna de cada Estado, la expresión no abarca, a los efectos de los presentes artículos, la administración de justicia en todos sus aspectos, que, al menos en ciertos sistemas jurídicos, puede comprender otras funciones relativas al nombramiento de los jueces.

4) Debe señalarse también que, según los distintos sistemas jurídicos y constitucionales, esta definición puede comprender el ejercicio de la función de ordenar o adoptar medidas de ejecución (a veces llamadas "funciones cuasijudiciales") por determinados órganos administrativos del Estado.

Apartado b) del párrafo 1

5) En vista de las diferencias de la doctrina acerca del sentido del término "Estado" en relación con las inmunidades jurisdiccionales, se consideró útil determinar el significado especial que se daba a este término a los efectos de los presentes artículos. Los términos generales empleados para describir el "Estado" no deben dar a entender que la disposición constituye una fórmula sin

límites definidos. El término "Estado" debe entenderse teniendo en cuenta su objeto y fin, a saber, determinar las entidades o personas facultadas para invocar la inmunidad del Estado en los casos en que un Estado puede alegar la inmunidad, así como distinguir ciertas entidades y subdivisiones del Estado que están facultadas para invocar la inmunidad al realizar actos en el ejercicio de las prerrogativas del poder público. Por consiguiente, en el contexto de los presentes artículos, hay que entender que el término "Estado" comprende todos los tipos o categorías de entidades e individuos así determinados que pueden ampararse en la inmunidad del Estado.

Inciso i) del apartado b) del párrafo 1

6) La primera categoría está constituida por el Estado mismo, cuando actúa en nombre propio y por medio de sus diversos órganos de gobierno, sea cual fuere su denominación, como el soberano o el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el gobierno central, los diversos ministerios y departamentos ministeriales del gobierno y las subsecretarías y direcciones y subdirecciones generales, así como los órganos subordinados y las misiones que representan al Estado, en particular las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, las misiones permanentes y las delegaciones. El empleo de la fórmula "diversos órganos de gobierno" tiene por objeto incluir todos los órganos de la Administración del Estado y no se limita exclusivamente al poder ejecutivo.

7) La expresión "Estado" abarca, en primer lugar, a los Estados extranjeros plenamente soberanos e independientes, y también, por extensión, a entidades que a veces no son realmente extranjeras y otras veces no son totalmente independientes o sólo parcialmente soberanas 30/. Desde luego el manto de la

---

30/ La práctica de los Estados parece confirmar la opinión de que los Estados semisoberanos o incluso las dependencias coloniales son considerados como Estados soberanos extranjeros dentro de una misma unidad constitucional. Por ejemplo, los tribunales británicos han declinado constantemente la jurisdicción en las acciones entabladas contra Estados miembros del Commonwealth británico y contra Estados semisoberanos dependientes del Reino Unido. Así, el Maharajá de Baroda fue considerado como "un príncipe soberano sobre el cual los tribunales británicos no tienen jurisdicción" Gaekwar of Baroda State Railways v. Hafiz Habib-ul-Haq (1938) (Annual Digest..., 1938-1940 (Londres), vol. 9 (1942), caso N° 78, pág. 233). Los tribunales de los Estados Unidos han adoptado la misma opinión con respecto a sus propias dependencias: Kawananakao v. Polybank (1907) (United States Reports, vol. 205 (1921), págs. 349 y 353, en el que se reconoció al territorio de Hawai inmunidad soberana, y también en virtud de

inmunidad del Estado cubre a todos los Estados extranjeros independientemente de su forma de gobierno, ya sea un reino, un imperio o una república, una unión federal, una confederación de Estados u otra forma de asociación 31/.

---

su constitución federal, con respecto a los Estados miembros de la unión federal: Principality of Monaco v. Mississippi (1934) (Annual Digest..., 1933-1934 (Londres), vol. 7 (1940), caso N° 61, pág. 166; véase G. H. Hackworth, Digest of International Law (Wáshington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1941), vol. II, pág. 402). Más recientemente, en Morgan Guaranty Trust Co. v. Republic of Palau (639 F. Supp. 706, U.S. District Court, S.D.N.Y., 10 de julio de 1986. The American Journal of International Law, vol. 81, pág. 220 (1987)), el tribunal falló que Palau era un "Estado extranjero" a los efectos de la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de los Estados Unidos, basándose en el grado de soberanía de facto ejercitada por Palau, aunque el Pacto de Libre Asociación no había sido ratificado ni el Consejo de Seguridad había aprobado la terminación del Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Administración Fiduciaria por el que había sido designado "territorio fideicometido estratégico". Los tribunales franceses igualmente han sostenido la inmunidad en los casos relativos a Estados semisoberanos y a Estados miembros de la unión francesa (Bey de Tunis et consorts v. Ahmed-ben-Ayad, (1893) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1894 (París), parte 2, pág. 421); véanse también los casos relativos al "Gouvernement chérifien", por ejemplo, Laurans v. Gouvernement impérial chérifien et Société marseillaise de crédit (1934) (Revue critique de droit international) (Darras) (París), vol. 30, N° 4, (octubre-diciembre, 1935), pág. 795, con una nota de la Sra. S. Basdevant-Bastid, págs. 796 y ss. Véase también Duff Development Company Ltd. v. Government of Kelantan and another (1924) (Reino Unido, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1924, pág. 797). Véase, sin embargo, Marine Steel Ltd. v. Government of the Marshall Islands (1981) (2 NZLR. High Court of New Zealand, 29 de julio de 1981. The American Journal of International Law, vol. 77, pág. 158 (1983)), en el que el tribunal neozelandés falló que los territorios fideicometidos de las Naciones Unidas, como las Islas Marshall, no habían adquirido todavía la condición de Estado soberano y, por lo tanto, no tenían derecho a la inmunidad soberana.

31/ Véase, por ejemplo, Dralle v. Republic of Czechoslovakia (1950) (International Law Reports, 1950 (Londres), vol. 17 (1956), caso N° 41, pág. 155); Etat espagnol v. Canal (1951) Journal du droit international (Clunet) (París), 79° año, N° 1 (enero-marzo 1952), pág. 220); Patterson-MacDonald Shipbuilding Co., McLean v. Commonwealth of Australia (1923) (Estados Unidos de América, The Federal Reporter, vol. 293 (1924), pág. 192); De Froe v. The Russian State, now styled "The Union of Soviet Socialist Republics" (1932) (Annual Digest..., 1931-1932 (Londres), vol. 6 (1938), caso N° 87, pág. 170); Irish Free State v. Guaranty Safe Deposit Company (1927) (Annual Digest..., 1925-1926 (Londres), vol. 3 (1929), caso N° 77, pág. 100); Kingdom of Norway v. Federal Sugar Refining Co. (1923) (Estados Unidos de América, The Federal Reporter, vol. 286 (1923), pág. 188);

8) Un soberano o un jefe de Estado, en su capacidad de derecho público como órgano principal de un Estado, tiene el mismo derecho a gozar de la inmunidad que el propio Estado, puesto que la corona, el monarca reinante, el soberano o ciertamente un jefe de Estado pueden equipararse al gobierno central.

9) El Estado está representado generalmente por el gobierno en todas o casi todas sus relaciones y transacciones internacionales. Por eso, una acción interpuesta contra el gobierno eo nomine no puede distinguirse de una acción promovida directamente contra el Estado 32/. La práctica de los Estados desde hace mucho tiempo ha reconocido que el efecto práctico de un procedimiento promovido contra un gobierno extranjero es idéntico al de un procedimiento promovido contra el Estado mismo 33/.

10) De la misma manera que el Estado está representado por su gobierno, que se identifica con el Estado para la mayoría de los efectos prácticos, el gobierno frecuentemente está integrado por órganos del Estado y departamentos o ministerios que actúan en su nombre. Esos órganos del Estado y departamentos del gobierno pueden y suelen estar constituidos como entidades jurídicas separadas dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado.

Ipitrade International S.A. v. Federal Republic of Nigeria (1978) (ibid., Federal Supplement, vol. 465 (1979), pág. 824); 40 D 6262 Realty Corporation and 40 E 6262 Realty Corporation v. United Arab Emirates Government (1978) (ibid., vol. 447 (1978), pág. 710); Kahan v. Pakistan Federation (1951) (Reino Unido, The Law Reports, King's Bench Division, 1951, vol. II, pág. 1003); Vienna v. Democratic Republic of the Congo (1968) (Canadá, The Dominion Law Reports, tercera serie, vol. 5, pág. 128).

32/ Véanse, por ejemplo, Lakhowsky v. Swiss Federal Government and Colonel de Reynier (1921) (Annual Digest..., 1919-1922 (Londres), vol. 1, caso N° 83, pág. 122); U. Kyaw Din v. His Britannic Majesty's Government of the United Kingdom and the Union of Burma (1948) (Annual Digest..., 1948 (Londres), vol. 15 (1953), caso N° 42, pág. 137); Etienne v. Government of the Netherlands (1947) (Annual Digest..., 1947 (Londres), vol. 14, caso N° 30, pág. 83).

33/ A veces se ha concedido la inmunidad soberana a dependencias coloniales de Estados extranjeros por considerar que de hecho las acciones implicaban a los gobiernos extranjeros y que los Estados eran identificables con sus gobiernos. Véanse, por ejemplo, The "Martin Behrman", Isbrandtsen Co. v. Netherlands East Indies Government (1947) (Annual Digest..., 1947 (Londres), vol. 14 (1951), caso N° 26, pág. 75); Van Heyningen v. Netherlands Indies Government (1948) (Annual Digest..., 1948 (Londres), vol. 15 (1953), caso N° 43, pág. 138).

Si bien carecen de personalidad jurídica internacional como entidad soberana, pueden no obstante representar al Estado o actuar en nombre del gobierno central del Estado, del cual son en realidad parte integrante. Esos órganos estatales o departamentos del gobierno comprenden los distintos ministerios del gobierno 34/, incluidas las fuerzas armadas 35/, las divisiones o departamentos subordinados de cada ministerio, como las embajadas 36/, las misiones especiales 37/, las oficinas consulares 38/, y las oficinas, comisiones o consejos 39/, que no forman parte necesariamente de ningún ministerio, pero que son por sí mismos órganos autónomos del Estado que

---

34/ Véanse, por ejemplo, Bainbridge v. The Postmaster General (1905) (Reino Unido, The Law Reports, King's Bench Division, 1906, vol. I, pág. 178); Henon v. Egyptian Government and British Admiralty (1947) (Annual Digest..., 1947 (Londres), vol. 14 (1951), caso N° 28, pág. 78); Triandafilou v. Ministère public (1942) (The American Journal of International Law (Wáshington, D.C.), vol. 39, N° 2 (abril 1945), pág. 345); Piascik v. British Ministry of War Transport (1943) (Annual Digest..., 1943-1945 (Londres), vol. 12 (1949), caso N° 22, pág. 87); y Turkish Purchases Commission case (1920) (Annual Digest..., 1919-1922 (Londres), vol. 1 (1932), caso N° 77, pág. 114).

35/ Véase, por ejemplo, la sentencia del Magistrado Marshall en The Schooner "Exchange" v. McFaddon (1812) (W. Cranch, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, 3a. ed. (Nueva York, Banks Law Publishing, 1911), vol. VII, págs. 135 a 137). Véanse también diversos acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y leyes sobre fuerzas extranjeras visitantes.

36/ Las embajadas son órganos auxiliares del Estado por ser parte del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado que las envía. Su estatuto está regido por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961.

37/ Las misiones especiales también están protegidas por la inmunidad del Estado tal como figura en la Convención sobre Misiones Especiales, de 1969. Véase también la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975.

38/ Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963.

39/ Véanse, por ejemplo, Mackenzie-Kennedy v. Air Council (1927) (Reino Unido, The Law Reports, King's Bench Division, 1927, vol. II, pág. 517); Graham and others v. His Majesty's Commissioners of Public Works and Buildings (1901) (ibid., 1901, vol. II, pág. 781); Société Viajes v. Office national du tourisme espagnol (1936) (Annual Digest..., 1935-1937 (Londres), vol. 8 (1941), caso N° 87, pág. 227); Telkes v. Hungarian National Museum, N° II (1942) (Annual Digest..., 1941-1942 (Londres), vol. 10 (1945), caso N° 169, pág. 576).

responden ante el gobierno central o ante uno de sus departamentos, o son administrados por él. Otros órganos principales del Estado, como los que constituyen el poder legislativo y el poder judicial de un Estado extranjero, podrían identificarse igualmente con el Estado mismo si se entablara una acción contra uno de ellos por sus actos públicos u oficiales.

Inciso ii) del apartado b) del párrafo 1

11) La segunda categoría comprende los elementos constitutivos de un Estado federal. Dichos elementos se consideran como un Estado a efectos del presente proyecto de artículos. El texto original del párrafo 1 del artículo 3, relativo a la definición de "Estado" aprobada provisionalmente en primera lectura, no contenía ninguna disposición especial sobre los Estados federales. La Comisión, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por algunos de sus miembros y por varios gobiernos, acordó en segunda lectura introducir esta disposición. En algunos sistemas federales, los elementos constitutivos se distinguen de las subdivisiones políticas a que se refiere el inciso iii) del apartado b) del párrafo 1, en el sentido de que, por razones históricas o de otra clase, deben concedérseles las mismas inmunidades que al Estado, sin que sea necesario que realicen además actos de ejercicio de las prerrogativas del poder público. El inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 fue introducido teniendo en cuenta esta situación especial. Sin embargo, la práctica de los Estados no ha sido uniforme a este respecto 40/. En algunos otros sistemas

---

40/ Véase, por ejemplo, Sullivan v. State of São Paulo (1941) (Annual Digest..., 1941-1942 (Londres), vol. 10 (1945), caso N° 50, pág. 178), en el que el Departamento de Estado de los Estados Unidos reconoció la demanda de inmunidad. En ese caso, el Magistrado Clark consideró que la inmunidad podría basarse en la analogía con los Estados miembros de los Estados Unidos de América. El Magistrado Learned Hand expresó sus dudas acerca de si toda subdivisión política de un Estado extranjero que ejerza un poder público importante goza de inmunidad. Véase también Yale Law Journal (New Haven, Conn.), vol. 50, N° 6 (abril 1941), págs. 1088 y ss.; Cornell Law Quarterly Review (Ithaca, N.Y.), vol. 26 (1940-1941), págs. 720 y ss.; Harvard Law Review (Cambridge, Mass.), vol. LV, N° 1 (noviembre 1941), pág. 149; Michigan Law Review (Ann Arbor, Mich.), vol. 40, N° 6 (abril 1942), págs. 911 y ss.; Southern California Law Review (Los Angeles, Calif.), vol. 15 (1941-1942), pág. 258. Este fue el caso más comentado en aquella época. Véase asimismo Hans v. Louisiana (1890) (United States Reports, vol. 134 (1910), pág. 1); South Dakota v. North Carolina (1904) (ibid., vol. 192 (1911), pág. 286);

federales, los mencionados elementos no se distinguen de las subdivisiones políticas, ya que se les otorgan las inmunidades jurisdiccionales del Estado federal tan sólo en la medida en que realizan actos de ejercicio de las "prerrogativas del poder público del Estado". Esta condición incierta de las

---

United States v. North Carolina (1890) (ibid., vol 136 (1910), pág. 211); Rhode Island v. Massachusetts (1846) (B. C. Howard, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, 2a. ed., vol. IV (1909), pág. 591); y los casos citados más arriba en las notas 30 y 32.

Véase, sin embargo, la práctica de Francia, por ejemplo, en Etat de Ceará v. Durr et autres (1932) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1933 (París), parte 1, pág. 196). El Tribunal dijo:

> "Considerando que esta regla [de incompetencia] no recibe aplicación más que en la medida en que quien la invoca justifica la existencia de una personalidad propia en sus relaciones con los demás países, desde el punto de vista del derecho internacional público; considerando que esto no sucede en el caso del Estado de Ceará, el cual, según las propias disposiciones de la Constitución brasileña legítimamente aducidas por la disposición impugnada y cualquiera que sea su estatuto interno en el seno de la confederación soberana de los Estados Unidos del Brasil de la que forma parte, hallándose privado además de representación diplomática, no goza, desde el punto de vista de las relaciones políticas internacionales, de personalidad propia alguna..." (ibid., pág. 197).

Véase asimismo Dumont v. State of Amazonas (1948) (Annual Digest..., 1948 (Londres), vol. 15, caso N° 44, pág. 140). Para Italia, véase, por ejemplo, Somigii v. Etat de Sao Paulo du Brésil (1910) (Revue de droit international privé et de droit pénal international, (Darras), (París), vol. VI (1910), pág. 527), en el que se declaró que São Paulo estaba sujeto a la jurisdicción italiana respecto de un contrato para promover la inmigración al Brasil. Para Bélgica, véase, por ejemplo, Feldman v. Etat de Bahia (1907) (Pasicrisie belge, 1908 (Bruselas), vol. II, pág. 55 o Supplement to The American Journal of International Law (Wáshington, D.C.), vol. 26, N° 3 (julio de 1932), pág. 484), en el que se negó a Bahía la inmunidad, aunque estaba considerado como Estado soberano en la Constitución brasileña. Véase también en los Estados Unidos el caso Molina v. Comisión Reguladora del Mercado de Henequén (1918) (Hackworth, op. cit., vol. II, págs. 402 y 403), en que se declaró que Yucatán, estado miembro de los Estados Unidos Mexicanos, podría ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos; y, en Australia, Commonwealth of Australia v. New South Wales (1923) (Annual Digest..., 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), caso N° 67, pág. 161). El Tribunal dijo:

> "La denominación "Estado soberano", tal como se aplica a la interpretación de la Constitución, está totalmente fuera de lugar, y es peor que carente de sentido."

subdivisiones políticas del Estado está además reforzada por acuerdos regionales como el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 41/. Así pues, depende de la práctica constitucional o de los precedentes históricos de cada Estado federal si sus elementos constitutivos se consideran Estado en virtud de este inciso o en virtud del inciso iii) que se examina a continuación.

Inciso iii) del apartado b) del párrafo 1

12) La tercera categoría abarca las subdivisiones de un Estado que están facultadas que están facultadas, según el derecho interno, para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado. La expresión correspondiente a la expresión inglesa "sovereign authority" empleada en el texto español es "prerrogativas del poder público" y en el texto francés "prérogatives de la puissance publique". La Comisión debatió largamente si en el texto inglés debía utilizarse la expresión "sovereign authority" o "governmental authority" y llegó a la conclusión de que la primera parecía ser, en el presente caso, el equivalente más cercano de la española "prerrogativas del poder público" y la francesa "prérogatives de la puissance publique" 42/. Algunos miembros, sin embargo, opinaron que la expresión

---

41/ Consejo de Europa, European Convention on State Immunity and Additional Protocol, European Treaty Series, N° 74 (Estrasburgo, 1972). El Convenio entró en vigor el 11 de junio de 1976 entre Austria, Bélgica y Chipre, y desde entonces ha sido ratificado por el Reino Unido, Suiza, los Países Bajos, Luxemburgo y Alemania. El párrafo 1 del artículo 28, confirma que los estados integrantes de un Estado federal no gozan de inmunidad, pero el párrafo 2 de ese artículo permite al Estado federal hacer una declaración en el sentido de que sus estados integrantes pueden invocar las disposiciones del Convenio. El Protocolo entró en vigor el 22 de mayo de 1985 entre Austria, Bélgica, Chipre, los Países Bajos y Suiza, y ha sido ratificado posteriormente por Luxemburgo. El Tribunal Europeo en materia de inmunidad de los Estados fue establecido el 28 de mayo de 1985 de conformidad con el Protocolo.

42/ Algunos miembros expresaron la opinión de que la expresión "prérogatives de la puissance publique de l'Etat" del texto francés y la de "sovereign authority of the State" en el texto inglés no tenían un significado equivalente y podían conducir a interpretaciones diferentes. La expresión francesa se refiere, al parecer, a las instituciones públicas, y con ella se trata de distinguirlas de las privadas. En consecuencia, no todas las "prérogatives de la puissance publique" están relacionadas con el poder soberano de un Estado, y en opinión de dichos miembros la expresión "sovereign authority of the State" del texto inglés es demasiado restrictiva. En ese sentido, se observó que los términos "government" o "government authority" se emplearon en la primera parte del proyecto de artículos sobre la

"sovereign authority" normalmente se relacionaba con la idea de personalidad internacional del Estado según el derecho internacional, que no constituía el objeto del párrafo. Sostuvieron, pues, que la expresión "governmental authority" constituía una mejor traducción al inglés del concepto de "poder público". Las regiones autónomas de un Estado que están facultadas según el derecho interno para realizar actos de ejercicio de las prerrogativas del poder público pueden invocar también la inmunidad estatal al amparo de esta categoría.

13) Cualquiera que sea la condición jurídica de las subdivisiones de un Estado, nada excluye la posibilidad de que tales entidades se constituyan o sean autorizadas en derecho interno para actuar como órganos del gobierno central, o como organismos estatales que desempeñen actos soberanos del Estado extranjero 43/. No es difícil imaginar circunstancias en las que tales subdivisiones puedan ejercer de hecho prerrogativas del poder público que les atribuye el Estado. Hay casos en que los tribunales, por razones de conveniencia, se han abstenido de conocer demandas interpuestas contra esas

---

responsabilidad de los Estados, en relación con el cual la Comisión había estimado que esos términos eran la traducción correcta de la expresión "prérogatives de la puissance publique" del texto francés de dicho proyecto. Se sugirió, por ello, que la expresión debía interpretarse como "poder del gobierno" o "poder del Estado", que era en realidad la utilizada en el texto ruso de este artículo.

43/ Esta posibilidad fue señalada por Pillet en un comentario sobre un asunto francés en el que se negó la inmunidad. Ville de Genève v. Consorts de Civry (1894) (Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, 1896 (París), parte 1, págs. 225 y ss.). Véase también Rousse et Maber v. Banque d'Espagne (1937) (ibid., 1938, parte 2, pág. 17), en el que el Tribunal de Apelación de Poitiers contempló la misma posibilidad. Rousseau en su nota (ibid., págs. 17 a 23) consideró que las entidades provinciales autónomas tales como el Gobierno vasco podían al mismo tiempo ser "un órgano ejecutivo de una unidad administrativa descentralizada". Compárese con el criterio del Tribunal de Apelación inglés en Kahan v. Pakistan Federation (1951) (véase más arriba la nota 31). Véase también Huttinger v. Upper Congo-Great African Lakes Railways Co. et al. (1934) (Annual Digest..., 1933-1934 (Londres), vol. 7, caso N° 65, págs. 172 y 173), y los casos citados antes en la nota 33.

entidades autónomas, por considerarlas partes integrantes del gobierno extranjero 44/.

Inciso iv) del apartado b) del párrafo 1

14) La cuarta categoría abarca los organismos o instituciones del Estado y otras entidades, incluidas entidades privadas, pero sólo en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las "prerrogativas del poder público". Fuera de los actos que realicen en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado, no gozan de ninguna inmunidad jurisdiccional. Así, en el caso de un organismo o institución o de otra entidad que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público y también actos de naturaleza privada, sólo podrá invocarse la inmunidad respecto de los actos ejecutados en ejercicio de las prerrogativas del poder público.

15) La mención de "otras entidades" se agregó en segunda lectura con el fin de incluir las entidades no públicas cuando, en casos excepcionales, ejercen prerrogativas del poder público. De ese modo se tiene en cuenta la práctica a que se recurrió con relativa frecuencia después de la segunda guerra mundial e incluso, hasta cierto punto, en época reciente, según la cual el Estado confiere a una entidad privada cierta potestad pública para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado. Ejemplos de esta práctica son los bancos comerciales a los que el Estado confiere la facultad de ocuparse también de la concesión de licencias de importación y exportación, que es una actividad que cae exclusivamente dentro del ámbito de los poderes del Estado. Por consiguiente, las entidades privadas que realizan tales funciones estatales deben ser consideradas, dentro de esos límites, "Estado" a

---

44/ En Van Heynigen v. Netherlands Indies Government (1948) (véase más arriba la nota 33), el Tribunal Supremo de Queensland concedió inmunidad al Gobierno de las Indias Neerlandesas. El Juez Phillips dijo lo siguiente:

> "A mi juicio, no puede entablarse una acción ante nuestros tribunales contra una parte de un Estado soberano extranjero; cuando el Estado soberano extranjero establece como órgano de su gobierno un sistema de control administrativo de parte de su territorio al que atribuye el carácter de entidad jurídica, creo que esa entidad jurídica no puede ser demandada aquí, ya que ello supondría en definitiva someter la autoridad de un territorio de un soberano extranjero a la jurisdicción y a la ejecución de este tribunal." (op. cit., pág. 140)

los efectos de los presentes artículos. No obstante, un miembro de la Comisión puso en tela de juicio que los ejemplos citados fueran suficientemente corrientes para justificar la inclusión de esa mención. Otro miembro señaló que, en este contexto, la expresión "prerrogativas del poder público" significaba claramente "government authority" 45/. El concepto de "organismos o instituciones del Estado y otras entidades" podría incluir teóricamente a empresas estatales u otras entidades establecidas por el Estado que realiza transacciones mercantiles. Sin embargo, a efectos de los presentes artículos, se presume que esas empresas u otras entidades estatales no tienen derecho a realizar funciones gubernamentales y por consiguiente, por norma general, no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado (véase el párrafo 3 del artículo 10).

16) En la práctica, no se puede establecer una distinción clara y precisa entre los organismos o instituciones del Estado y los departamentos del gobierno. La expresión "organismos o instituciones" 46/ indica el carácter intercambiable de los dos términos 47/. Una acción contra un organismo de un

---

45/ Véase también más arriba, nota 41.

46/ Véase, por ejemplo, la Ley de los Estados Unidos sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976 (United States Code, edición de 1976, vol. 8, título 28, cap. 97 (reproducido en Naciones Unidas Materials on Jurisdictional Immunities of States and their property (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E/F.81.V.10, denominado en lo sucesivo Materials on Jurisdictional Immunities...), págs. 55 y ss.) que define el "organismo o institución de un Estado extranjero" como una entidad: "1) que es una persona jurídica distinta; 2) que es un órgano de un Estado extranjero o de una subdivisión política del mismo, o cuyas acciones u otras participaciones en la propiedad pertenecen en su mayoría a un Estado extranjero o a una subdivisión política del mismo, y 3) que no es ni ciudadano de un Estado de los Estados Unidos en la forma definida en la sección 1332 c) y d) del título 28 ni se ha constituido con arreglo a la legislación de un tercer país".

47/ Véase, por ejemplo, Krajina v. The Tass Agency and another (1949) (Annual Digest... 1949 (Londres), vol. 16 (1955), caso N° 37, pág. 129); compárese Compañía Mercantil Argentina v. United States Shipping Board (1924) (Annual Digest... 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), caso N° 73, pág. 138), y Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956) (Reino Unido, The Law Reports, Queen's Bench Division, 1957, vol. 1, pág. 438), en el que el Lord Magistrado Jenkins hizo la siguiente observación:

> "El que un ministerio, departamento o servicio determinado, llámeselo como se quiera, constituya o no una persona jurídica parece ser meramente cuestión de estructura gubernamental." (ibid., pág. 466)

gobierno extranjero 48/ o una institución de un Estado extranjero, esté o no dotada de personalidad jurídica propia, puede considerarse como una acción dirigida contra el Estado extranjero, en particular cuando el objeto de la demanda se refiera a las actividades realizadas por el organismo o la institución del Estado en ejercicio de prerrogativas del poder público de ese Estado 49/.

Inciso v) del apartado b) del párrafo 1

17) La quinta y última categoría de beneficiarios de la inmunidad estatal comprende todas las personas naturales que están autorizadas a representar al Estado en todas sus manifestaciones, comprendidas en las cuatro primeras categorías mencionadas en los incisos i) a iv) del apartado b) del párrafo 1. Así, los soberanos y jefes de Estado en su carácter público quedarían incluidos tanto en esta categoría como en la primera, por ser órganos de

---

48/ Para una opinión diferente, véanse los votos de los Lores Magistrados Cohen y Tucker en Krajina v. The Tass Agency (1949) (véase la nota precedente), y en Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956) (véase la nota precedente) donde el Lord Magistrado Parker dijo lo siguiente:

> "No veo razones para opinar que la mera constitución de un órgano como persona jurídica con derecho a contratar y a demandar y ser demandado sea enteramente incompatible con el hecho de que ese órgano sea y siga siendo un departamento del Estado." (op. cit., pág. 472)

Véase también Emergency Fleet Corporation, United States Shipping Board v. Western Union Telegraph Company (1928) (United States Reports, vol. 275 (1928), pág. 415):

> "Instituciones de servicios como los bancos nacionales y los bancos de reservas federales, en las cuales hay presentes intereses privados, no son departamentos gubernamentales. Son empresas privadas en las que participa el gobierno." (ibid., págs. 425 y 426)

Véase, sin embargo, el certificado del Embajador de los Estados Unidos con respecto a la condición jurídica del U.S. Shipping Board en el caso Compañía Mercantil Argentina (1924) (citado en la nota precedente).

49/ Véase Dollfus Mieg et Cie v. Bank of England (1950) y United States of America and Republic of France v. Dollfus Mieg et Cie and Bank of England - caso de los lingotes de oro (1952) (Annual Digest..., 1949 (Londres), vol. 16 (1955), caso N° 36, pág. 103); y Monopole des tabacs de Turquie et al. v. co-intéressée des tabacs de Turquie (1930) (Annual Digest..., 1929-1930 (Londres), vol. 5 (1935), caso N° 79, pág. 123).

gobierno del Estado en su sentido más amplio. Otros representantes comprenden los jefes de gobierno, los jefes de los departamentos ministeriales, los embajadores, los jefes de misión, los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares en su carácter representativo 50/. La referencia incluida al final del inciso v) del apartado b) del párrafo 1 a que actúen "en tal carácter" tiene por objeto aclarar que tales inmunidades se les conceden en su carácter representativo "ratione materiae".

18) Hay que señalar que, en la práctica, cabe que el proceso se promueva, no sólo contra el departamento u oficina gubernamental de que se trate, sino también contra sus directores o representantes permanentes en su carácter oficial 51/. Las acciones promovidas contra esos representantes o agentes de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan. El Estado extranjero, al actuar por conducto de sus representantes, goza de inmunidad ratione materiae. Las inmunidades que entran dentro de la categoría de inmunidades ratione materiae se otorgan en beneficio del Estado, y la modificación o la terminación de las funciones oficiales de los representantes de que se trate no tiene sobre ellas ningún efecto. Así no podrá prosperar una acción promovida contra un ex representante de un Estado extranjero respecto de un acto ejecutado por él en el ejercicio de sus funciones oficiales. La inmunidad del Estado subsiste después de terminada la misión o función del representante de que se trate. Ello se debe a que la inmunidad de que se trata no sólo pertenece al Estado,

---

50/ El hecho de que las inmunidades de que gozan los representantes del gobierno, cualesquiera que sean sus funciones específicas como agentes diplomáticos, consulares o de otra índole, sean en último término inmunidades del Estado es algo que nunca se ha puesto en duda. Más bien se le ha prestado poca atención. Recientemente, sin embargo, esa relación se ha puesto de manifiesto en algunas de las respuestas y de las informaciones suministradas por los gobiernos. La legislación de Jamaica, la decisión marroquí sobre las inmunidades diplomáticas y la legislación de Mauricio sobre las inmunidades consulares recuerdan marcadamente la gran similitud entre las inmunidades estatales y otros tipos de inmunidades cuyo origen se halla en el Estado.

51/ Véase, por ejemplo, Thai-Europe Tapioca Service v. Government of Pakistan, Ministry of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (1975) (Weekly Law Reports, vol. 1, pág. 1485).

sino que se basa además en el carácter soberano u oficial de las actividades, precisamente por ser inmunidades ratione materiae 52/.

19) De todas las inmunidades de que gozan los representantes del gobierno y agentes del Estado, merecen particular atención las destinadas a dos tipos de beneficiarios de las inmunidades del Estado, a saber las inmunidades de los soberanos y las de los embajadores y agentes diplomáticos 53/. Aparte de las inmunidades ratione materiae por razón de actividades o de funciones oficiales de los representantes, los soberanos y los embajadores son personalmente acreedores, hasta cierto punto por derecho propio, a inmunidades ratione personae con respecto a su persona o a sus actividades personales que no guarden relación alguna con sus funciones oficiales. Las inmunidades ratione personae, a diferencia de las inmunidades ratione materiae, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones. Todas las actividades de los soberanos y embajadores que no guardan relación con sus funciones oficiales están sometidas a la jurisdicción local cuando los

---

52/ Las inmunidades ratione materiae pueden subsistir después de terminado el mandato del representante de un Estado extranjero. De todos modos, están sujetas a las restricciones y excepciones a que normalmente se someten las inmunidades del Estado en la práctica de los Estados. Véanse, por ejemplo, Carlo d'Austria v. Nobili (1921) (Annual Digest..., 1919-1922 (Londres), vol. 1 (1932), caso N° 90, pág. 136) y La Mercantile v. Regno de Grecia (1955) (International Law Reports, 1955 (Londres), vol. 22 (1958), pág. 240), en que el contrato de entrega de materias primas concertado por el Embajador de Grecia era imputable al Estado y estaba sujeto a la jurisdicción local.

53/ Desde el punto de vista histórico, las inmunidades de los soberanos y los embajadores aparecieron con anterioridad incluso a las inmunidades del Estado. En la práctica de los Estados, se rigen por diferentes series de principios de derecho internacional. Se ha expresado la opinión de que, en estricta teoría, todas las inmunidades jurisdiccionales tienen su origen en la norma básica de la soberanía del Estado. Véase S. Sucharitkul, State Immunities and Trading Activities in International Law (Londres, Stevens, 1959), caps. 1 y 2; E. Suy, "Les bénéficiaires de l'immunité de l'Etat", L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, actas del coloquio conjunto de los Centros de derecho internacional celebrado los días 30 y 31 de enero de 1969 (Bruselas, Editions de l'Institut de sociologie, 1971), págs. 257 y ss.

soberanos o embajadores han dejado de ocupar su cargo 54/. En realidad, esas inmunidades no surten efecto en beneficio personal de los soberanos y los embajadores, sino en beneficio de los Estados a los que representan, para que puedan desempeñar sus funciones de representación y cumplir eficazmente sus obligaciones oficiales 55/. A esta idea responde también, en el caso de los agentes diplomáticos, la regla según la cual la renuncia a las inmunidades

---

54/ Así, el Tribunal Supremo del Japón en The Empire v. Chang and Others (1921) (Annual Digest..., 1919-1922 (Londres), vol. 1, caso N° 205, pág. 288), confirmó la sentencia pronunciada contra ex empleados de la Legación de China por delitos cometidos durante su empleo como subordinados en ella, pero no relacionados con sus funciones oficiales. Véase asimismo León v. Díaz (1892) (Journal du droit international privé (Clunet) (París), vol. 19, pág. 1137), relativo a un ex Ministro del Uruguay en Francia, y Laperdrix et Penguer v. Kouzouooff et Belin (1926) (ibid., vol. 53 (enero-febrero 1926), págs. 64 y 65), en que se ordenó a un ex Secretario de la Embajada de los Estados Unidos que pagase una indemnización por daños causados en un accidente de automóvil.

55/ Véase, por ejemplo, el fallo del Tribunal de Ginebra en el caso V. ... et Dicker v. D. ... (1927) (ibid., vol. 54 (enero-febrero 1927), pág. 1179), en virtud del cual el Tribunal resolvió admitir la acción de una madre y el niño recién nacido contra un ex diplomático. En su comentario a la decisión Noël-Henry dijo:

> "El verdadero fundamento de la inmunidad es el interés de la función. Por consiguiente, el principio es que la inmunidad no protege al diplomático más que cuando está en funciones... Una vez que ha dejado su empleo, puede ser procesado, salvo en lo que respecta a los actos por él realizados en el desempeño de sus funciones; por lo demás, no se trata tanto de la inmunidad del diplomático como de la inmunidad del gobierno al que representa." (ibid., pág. 1184)

Véase también M. Brandon, "Report on diplomatic immunity by an Interdepartmental Committee on State immunities", International and Comparative Law Quarterly (Londres), vol. 1 (julio 1952), pág. 358; P. Fiore, Trattato di diritto internazionale pubblico, 3a. ed. revisada (Turín, Unione tipografico-editrice, 1887-1891), pág. 331, párr. 491.

diplomáticas sólo puede hacerla un representante debidamente habilitado para ello por el gobierno 56/.

Apartado (c) del párrafo 1

20) La expresión "transacción mercantil" requiere una definición para enumerar los tipos de contratos o transacciones comprendidos en su ámbito. La expresión "contrato mercantil", adoptada en primera lectura en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 original, fue sustituida por la de "transacción mercantil" en vista de la preferencia por ésta manifestada por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional y por algunas delegaciones en la Sexta Comisión 57/. Como se verá más adelante, se entiende generalmente que el término "transacción" tiene un significado más amplio que el de "contrato", y comprende actividades no contractuales, tales como las negociaciones comerciales. Sin embargo, el término inglés "transaction" plantea algunas dificultades de traducción a los demás idiomas oficiales a causa de la existencia de diferencias en la terminología utilizada en los distintos sistemas jurídicos. Hay que señalar que las "transacciones

---

56/ Véase, por ejemplo, Dessus v. Ricoy (1907) (Journal du droit international privé (Clunet) (París), vol. 34 (1907), pág. 1086), en que el Tribunal declaró:

> "Considerando que la inmunidad de los agentes diplomáticos no es de carácter personal, sino que es atributo y garantía del Estado al que representan, la renuncia del agente es nula sobre todo cuando no puede presentar en apoyo de esa renuncia una autorización expedida por su gobierno."

Véanse también Reichenbach et Cie v. Mme Ricoy (1906), (ibid., pág. 111); Cottenet et Cie v. Dame Raffalowich (1908) (ibid., vol. 36 (1909), pág. 150); los casos Grey (1953) (ibid., vol. 80 (1953), pág. 886); y Procureur général près la Cour de cassation v. S. E. le Docteur Franco-Franco (1954) (ibid., vol. 81, N° 1 (1954), pág. 786). Véanse también las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961.

57/ En realidad, la expresión "transacción mercantil" se utiliza en varias leyes nacionales. Véase, por ejemplo, la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido (art. 3.3)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur (art. 5.3)); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán (art. 5.3)); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (art. 4.3)); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia (art. 11.3)).

mercantiles" a que se refiere el apartado a) del párrafo 2 del artículo 10, a saber, transacciones entre Estados y entre gobiernos, están excluidas de la aplicación del párrafo 1 de dicho artículo. En relación con dichas transacciones, subsiste la inmunidad del Estado. Algunos miembros de la Comisión estimaron que había que evitar el empleo del término "mercantil" en la definición, por ser tautológico y redundante. La Comisión examinó esta cuestión con cierto detalle en segunda lectura y trató de hallar una fórmula que prescindiese del término "mercantil", al menos en los incisos i) y iii) del apartado c) del párrafo 1, sin lograrlo. En opinión de un miembro, el lucro era el criterio más importante para la determinación del carácter mercantil de un contrato o transacción y debería haberse incluido en la definición de "transacción mercantil".

21) A efectos del proyecto de artículos, la expresión "transacción mercantil" abarca tres clases de transacciones. En primer lugar, comprende toda clase de contratos o transacciones mercantiles de venta de bienes o prestación de servicios.

22) En segundo lugar, la expresión "transacción mercantil" comprende también, en particular, los contratos de préstamo y demás transacciones de carácter financiero, tales como empréstitos, créditos u obligaciones mercantiles emitidos en el mercado monetario de otro Estado. A menudo se pide a un Estado, no sólo que obtenga un préstamo en nombre propio, sino a veces también que constituya una garantía o fianza a favor de una de sus empresas nacionales con respecto a la compra, por ejemplo, de aeronaves civiles o comerciales, que a su vez está financiada por bancos extranjeros o un consorcio de instituciones financieras. El Estado puede asumir ese compromiso en forma de un contrato de fianza que entrañe una obligación de garantía del reembolso o liquidación del préstamo suscrito por una de sus empresas y de efectuar el pago en caso de incumplimiento del contratante, o en forma de una obligación de indemnización pagadera por la pérdida en que haya incurrido una parte en el contrato principal de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero. La diferencia entre una obligación de garantía y una obligación de indemnización puede consistir en el carácter más o menos directo de las acciones que puedan ejercerse en caso de incumplimiento o inejecución de las obligaciones contractuales por una de las partes originarias en el contrato principal. Una obligación de indemnización también puede definirse como la voluntad o el propósito de reembolsar a una de las partes originarias los

gastos o la pérdida en que haya incurrido como resultado del incumplimiento por la otra parte de sus compromisos contractuales, con o sin el derecho consiguiente de subrogación. La Comisión modificó ligeramente en segunda lectura el texto del inciso ii) del apartado c) para tener en cuenta el hecho de que una obligación de garantía podía existir, no sólo en el caso de un préstamo, sino también en otros negocios jurídicos de carácter financiero. Lo mismo puede decirse de la obligación de indemnización. Así pues, la Comisión refundió el enunciado en lo concerniente a la obligación de garantía y la obligación de indemnización para que ambas se aplicasen tanto a los contratos de préstamo como a otros acuerdos de carácter financiero.

23) En tercer lugar, la expresión "transacción mercantil" comprende asimismo otros tipos de contrato o acuerdo de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, abarcando así una amplia variedad de campos de actividad de los Estados, especialmente las actividades manufactureras y quizás los acuerdos de inversión y otros acuerdos. Los "contratos de trabajo" quedan excluidos de esta definición ya que pueden constituir el objeto de una disposición independiente, como se verá al examinar el artículo 11.

24) Abundan los ejemplos de los diversos tipos de transacciones calificadas de transacciones mercantiles, según se indica en el comentario al artículo 10.

Párrafo 2

25) A título de orientación para determinar si un contrato o transacción es una "transacción mercantil" según el apartado c) del párrafo 1 se propone que se apliquen sucesivamente dos criterios. En primer lugar, debe atenderse principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción. Si se demuestra que no tiene naturaleza mercantil o que es un contrato administrativo, no será necesario indagar más allá en lo que concierne a su finalidad.

26) Sin embargo, si de la aplicación del criterio de la "naturaleza" se desprende que el contrato o transacción es aparentemente mercantil, el Estado tiene la posibilidad de impugnar esta conclusión atendiendo a la finalidad del contrato o transacción si, en la práctica de ese Estado, tal finalidad es pertinente para determinar el carácter mercantil o no mercantil del contrato o la transacción. Este doble criterio, que prevé el examen, no sólo de la naturaleza, sino también en ciertos casos de la finalidad del contrato o la

transacción, tiene por objeto proporcionar a los países en desarrollo una protección y garantías suficientes, especialmente en sus esfuerzos por fomentar el desarrollo económico nacional. Debe darse a los Estados la posibilidad de probar que, con arreglo a su práctica, un determinado contrato o transacción debe reputarse no mercantil a causa de su finalidad claramente pública y basada en una "razón de Estado", como la compra de armamento para la defensa del Estado, de materiales para la construcción de una base naval, de víveres para abastecer a la población, combatir el hambre o mejorar la situación de las zonas vulnerables, o el suministro de medicamentos para atajar la propagación de un brote epidémico, a condición de que sea práctica de ese Estado concertar tales contratos o transacciones con fines públicos. Hay que señalar, sin embargo, que es el tribunal competente, y no el Estado demandado, el que determina en cada caso el carácter mercantil o no mercantil de un contrato o transacción, teniendo en cuenta la práctica del Estado demandado. Algunas delegaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General y algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional indicaron que habrían preferido omitir la referencia al criterio de la finalidad que, a su juicio, se prestaba a una interpretación subjetiva.

27) El análisis de la práctica de los Estados que figura en el comentario al artículo 10 58/ pone de manifiesto que las controversias han sido abundantes en esa práctica. El párrafo 2 del artículo 2 tiene por objeto limitar las controversias innecesarias o evitar la aplicación unilateral de un criterio único como el de la naturaleza del contrato o la transacción, que es un criterio útil como punto de partida, pero de ningún modo decisivo en todos los casos. Esta disposición interpretativa tiene como finalidad, por lo tanto, proporcionar una pauta suplementaria para determinar si un contrato o transacción concreto de venta de bienes o de prestación de servicios es "mercantil" o "no mercantil". No debe descuidarse totalmente, pues, el

---

58/ *Véase más abajo el comentario al artículo 10, párrafos* 13) a 18). En una reciente decisión, un tribunal de los Estados Unidos falló que el carácter mercantil o no mercantil de un contrato debe determinarse basándose en el carácter esencial del acuerdo y no atendiendo a las cláusulas auxiliares destinadas a facilitar la ejecución del contrato. Véase Practical Concepts, Inc. v. Republic of Bolivia. 811 F.2d, 1543. U.S. Court of Appeals, D.C. Cir., 17 de febrero de 1987. The American Journal of International Law, vol. 81, pág. 952 (1987).

criterio de la "finalidad" 59/. Así se llegará a un planteamiento equilibrado al dar la posibilidad de atender, según corresponda, tanto al criterio de la finalidad como al de la naturaleza del contrato o transacción 60/.

28) Lo que se ha dicho antes se aplica igualmente a un contrato de venta de bienes o de prestación de servicios o a los otros tipos de transacciones mercantiles definidos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2. Por ejemplo, un contrato de préstamo para realizar tal compra o un contrato de garantía de ese préstamo pueden tener carácter no mercantil si al final se tiene en cuenta también el fin público para el cual se concertó el contrato de

---

59/ Por ejemplo, en el asunto del Parlement belge (1879), (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, 1879, vol. IV, pág. 129), Sir Robert Phillimore, tras examinar los argumentos ingleses y norteamericanos consideró que el Parlement belge no era un buque de guerra ni de placer, y por lo tanto no tenía derecho a la inmunidad. Esta decisión fue revocada por la Corte de Apelación (1880) (ibid., 1880, vol. V, pág. 197); véase Lord Magistrado Brett (ibid., pág. 203). Véase también Gouvernement espagnol v. Casaux (1849) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1849, (París), parte 1, pág. 9), relativo a la compra de botas por el Gobierno de España para uso del ejército español. Véase Hanukiew v. Ministère de l'Afghanistan (1933) (Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (1933-1934) (Londres), vol. 7 (1940), caso N° 66, págs. 174 y 175), relativo a la compra de armas; y varios casos de empréstitos, como el marroquí, Laurans v. Gouvernement impérial chérifien (1934) (Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, 1935, (París), parte. 1, pág. 103). Véase también Vavasseur v. Krupp, (1898) (Reino Unido, The Law Reports, Chancery Division, vol. IX (1978), pág. 351); Trendtex Trading Corporation Ltd. v. The Central Bank of Nigeria (1977) (The All England Law Reports, 1977, vol. I, pág. 881), relativo al pedido de cemento para la construcción de cuarteles en Nigeria. Compárese con Gugenheim v. State of Viet Nam (1961) (Revue générale de droit international public (París), vol. 66 (1962), pág. 654; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 257) relativo a la compra de cigarrillos para el ejército nacional de Viet Nam. Son asimismo pertinentes en el presente contexto, entre otros, los asuntos siguientes: Egyptian Delta Rice Mills Co. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de Madrid (1943) (Annual Digest..., 1943-1945, (Londres), vol. 12 (1949), caso N° 27, págs. 103 y 104), citado por S. Sucharitkul, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-I, vol. 149 (Leiden, Sijthoff, 1977), pág. 138; Khan v. Fredson Travel Inc. (1982) (133 D.L.R. (3d), pág. 632), Ontario High Court, Canadian Yearbook of International Law, vol. XXI, pág. 376 (1983); X. v. Empire of... (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (Tübingen), vol. 16 (1964), pág. 27; traducción inglesa en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 282 y ss.).

60/ Esto tiene una importancia decisiva en vista de la tendencia que se manifiesta en la práctica judicial y en la legislación de algunos Estados. Véase más abajo el comentario al artículo 10, párrafos 13) a 17).

compra. Así, un contrato de garantía de un préstamo para la compra de alimentos para aliviar una situación de hambre sería generalmente no mercantil a causa de su probable finalidad pública.

Párrafo 3

29) El párrafo 3 tiene por objeto limitar el uso de los términos definidos en los párrafos 1 y 2, a saber, "tribunal", "Estado" y "transacción mercantil", al contexto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Es evidente que esos términos pueden tener un sentido diferente en otros instrumentos internacionales, como convenios multilaterales o acuerdos bilaterales, o en el derecho interno de un Estado respecto de otras relaciones jurídicas. Es, pues, una indicación para los Estados que ratifiquen los presentes artículos o se adhieran a ellos de que pueden hacerlo sin modificar su derecho interno en relación con otras cuestiones, porque se ha dado a esos términos un sentido específico que es exclusivo del presente contexto. La terminología empleada se entiende sin perjuicio del sentido que se le haya dado o se le pueda dar en el derecho interno o en otros instrumentos internacionales. Debe advertirse, sin embargo, que los Estados partes en los presentes artículos tendrán que respetar el sentido atribuido a esos términos en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 en todas las cuestiones relativas a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes según los presentes artículos.

30) El párrafo 3, aunque circunscrito a los términos definidos en los párrafos 1 y 2, también se aplica a otras expresiones empleadas en los presentes artículos, pero de las que no se da una definición específica. Ello debe entenderse así para mantener el carácter autónomo de los artículos.

Artículo 3

Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos

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

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

b) de las personas adscritas a ellas.

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

Comentario

1) El artículo 3 se concibió originariamente como un medio para eludir la posibilidad de duplicación entre los presentes artículos y ciertas convenciones existentes relativas al estatuto, los privilegios, las inmunidades y las facilidades de determinadas categorías de representantes de los Estados. Se redactó como un artículo de un solo párrafo concerniente a los regímenes vigentes de inmunidades diplomáticas y consulares que debían seguir aplicándose sin que resultasen afectados por los presentes artículos. Históricamente, las inmunidades diplomáticas de conformidad con el derecho internacional consuetudinario fueron las primeras que se consideraron maduras para la codificación, que se llevó a cabo efectivamente en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961 61/. Otro ejemplo tradicional de inmunidades con arreglo al derecho internacional consuetudinario es el de la inmunidad de los soberanos u otros jefes de Estado. El párrafo 2 del artículo 3 contiene una disposición según la cual el actual proyecto de artículos no afectará a dichas inmunidades. Ambos párrafos tienen por objeto salvaguardar los privilegios e inmunidades ya concedidos a determinadas entidades y personas en virtud del derecho internacional general existente y, de modo más detallado, por las convenciones internacionales en vigor aplicables en esta materia, que no resultarán afectadas por los presentes artículos. A fin de ajustarse a esta interpretación y armonizar el texto del párrafo 1 con el del párrafo 2, se ha añadido la frase "según el derecho internacional" al texto del párrafo 1 aprobado provisionalmente en primera lectura.

Párrafo 1

2) En su versión original, el párrafo 1 contenía una referencia específica a los diversos instrumentos internacionales, con distinto número de ratificaciones y adhesiones. Se mencionaban las siguientes misiones y personas representantes de Estados:

61/ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 500, pág. 95; véanse asimismo los diversos convenios consulares bilaterales.

i) las misiones diplomáticas en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas, de 1961;

ii) las misiones consulares en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963 62/;

iii) las misiones especiales en virtud de la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969 63/;

iv) la representación de los Estados en virtud de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975 64/;

v) las misiones o delegaciones permanentes y las delegaciones de observación de Estados ante organizaciones internacionales o sus órganos en general 65/;

vi) las personas internacionalmente protegidas en virtud de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973 66/.

3) El artículo 3 ha sido revisado y se titula ahora, de manera apropiada, "Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos". Se ha preferido una referencia general, sin enumeración específica de las misiones regidas por instrumentos internacionales vigentes, cuyo estado en las relaciones multilaterales no es, ni con mucho, uniforme. El párrafo 1 se refiere a dos categorías:

i) las misiones diplomáticas, las oficinas consulares y las misiones especiales, así como las misiones ante organizaciones

---

62/ Ibid., vol. 596, pág. 392.

63/ Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1969, anexo.

64/ Naciones Unidas, Anuario Jurídico 1975 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.77.V.3), pág. 87.

65/ Véanse, por ejemplo, la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1, pág. 15 (véase el texto español en el documento ST/LEG/9) y la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, ibid., vol. 33, pág. 329, y otras convenciones regionales.

66/ Véase ibid., vol. 1035, pág. 191.

internacionales o las delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y

ii) las personas adscritas a tales misiones.

El alcance de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado en relación con el ejercicio de las funciones de las entidades a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 viene determinado por las disposiciones de las convenciones internacionales pertinentes mencionadas en el párrafo 2), de ser aplicables, o por el derecho internacional general. La Comisión añadió a este respecto, después de las palabras "de que goza un Estado", las palabras "según el derecho internacional", con lo que se establecía la necesaria correspondencia entre los párrafos 1 y 2. La fórmula "personas adscritas a ellas [tales misiones]" tiene que interpretarse análogamente.

4) Los términos "misiones" y "delegaciones" comprenden también las misiones permanentes de observación y las delegaciones 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 1975.

5) Esta disposición tiene por objeto impedir que los presentes artículos afecten a los regímenes especiales vigentes, especialmente con respecto a las personas adscritas a las misiones mencionadas. Las inmunidades de tales personas también pueden considerarse, en definitiva, como inmunidades estatales, ya que las inmunidades de que gozan corresponden al Estado y el Estado o los Estados interesados pueden renunciar a ellas en cualquier momento.

Párrafo 2

6) El párrafo 2 se ha ideado para incluir una referencia expresa a las inmunidades que el derecho internacional vigente reconoce ratione personae a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros en su carácter privado. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados en lo que concierne a los soberanos u otros jefes de Estado cuando actúan como órganos o representantes del Estado se rigen por el artículo 2. Los incisos i) y v) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 2 se aplican a los diversos órganos de gobierno del Estado y a los representantes del Estado, incluidos los jefes de Estado, independientemente del sistema de gobierno. Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 3 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto

afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado 67/.

7) El presente proyecto de artículos no prejuzga el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros, ni a los miembros de su familia o de su casa, que, en la práctica puede comprender también a otros miembros de su séquito. Tampoco prejuzgan, de manera análoga, el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Sin embargo, estas personas no están expresamente incluidas en el párrafo 2, ya que sería muy difícil confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas. En cierto momento del debate se propuso que se incluyera en el párrafo 2, después de "jefes de Estado", una referencia a los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, pero la propuesta no fue aceptada por la Comisión.

Artículo 4

Irretroactividad de los presentes artículos

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

Comentario

1) De conformidad con el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la irretroactividad es la regla a falta de disposición en contrario en los artículos. No obstante, se plantea la cuestión de la naturaleza y el alcance de la irretroactividad de la aplicación de los presentes artículos. Es necesario determinar el momento exacto en que los artículos se aplicarán entre los Estados que hayan aceptado sus disposiciones. La Comisión ha decidido elegir un momento que es relativamente

---

67/ Véase la jurisprudencia relativa a esta cuestión en Anuario... 1986, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/388, párrs. 119 a 125.

preciso, es decir, que ha optado por que el principio de irretroactividad se aplique a todo proceso promovido antes de la entrada en vigor de los artículos respecto de los Estados interesados.

2) Por consiguiente, los presentes artículos son aplicables, en las relaciones entre los Estados interesados, respecto de los procesos incoados ante los tribunales después de su entrada en vigor. El artículo 4 no se propone, por tanto, afectar a la cuestión de la irretroactividad en otros contextos, tales como las negociaciones diplomáticas sobre la cuestión de si un Estado ha violado sus obligaciones de conceder inmunidad jurisdiccional a otro Estado de conformidad con las normas del derecho internacional.

Al establecer de manera específica la irretroactividad con relación a los procesos pendientes ante un tribunal, este artículo no afecta en modo alguno al principio general de irretroactividad establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los presentes artículos se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras normas que, con independencia de ellos, regulen las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes con arreglo al derecho internacional. Tampoco pretenden coartar la evolución actual o futura del derecho internacional en este ámbito o en otros afines no abarcados por los presentes artículos.

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5

Inmunidad del Estado

Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos.

Comentario

1) El artículo 5 aprobado provisionalmente en el 32° período de sesiones de la Comisión (entonces artículo 6) iba acompañado de un comentario en el que se analizaba detenidamente la práctica judicial, ejecutiva y legislativa de los

Estados 68/. Ese comentario sigue siendo generalmente aplicable, salvo los pasajes relativos a la fórmula entonces adoptada y al planteamiento bifronte de la formulación de la inmunidad como un derecho y también como un deber. La segunda cara de ese planteamiento queda ahora plenamente comprendida en el artículo 6, sobre el "Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado".

2) La formulación del artículo 5, que tiene por objeto enunciar el principio fundamental de la inmunidad del Estado, no ha sido fácil, ya que es una cuestión delicada. Abundan las teorías jurídicas acerca de la naturaleza exacta y el fundamento de la inmunidad. Hay consenso acerca de que, en lo que concierne a los actos realizados en ejercicio de las "prerrogativas del poder público del Estado" o "sovereign authority of the State", la existencia de la inmunidad es incontestable. Fuera del núcleo de la inmunidad y en torno suyo parece extenderse una zona nebulosa, en la que la doctrina y la jurisprudencia existentes, así como la legislación misma, siguen siendo diversas. Algunos opinan que la inmunidad constituye una excepción al principio de la soberanía territorial del Estado del foro y que, como tal, debe ser justificada en cada caso. Otros se refieren a la inmunidad del Estado como una regla o principio general del derecho internacional. Esa regla no es en ningún caso absoluta, ya que incluso la más incondicional de todas las teorías de la inmunidad

---

68/ Véase Anuario... 1980, vol. II (Segunda parte), págs. 139 a 153, documento A/35/10, cap. IV.B. Varios otros Estados han aprobado en los últimos tiempos una normativa legal que versa directamente sobre la materia de la inmunidad de los Estados, a saber: la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur; el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán; y la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica, enmendada en 1985 [y 1988*] (textos reproducidos en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities...); así como la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, de 1982, del Canadá, Revised Statutes of Canada, 1985, vol. VIII, cap. S-18, y la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia, N° 196 de 1985, Acts of Parliament of the Commonwealth of Australia, 1985, vol. II, pág. 2696. Por lo que respecta a la evolución reciente de la práctica general relativa a la inmunidad de los Estados, véase también el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/422, págs. 2 a 13.

---

* South Africa Foreign States Immunities Amendment Act, N° 5 de 1988. Aprobada el 3 de marzo de 1988. Fecha del comienzo de su vigencia por determinar. El 5 de abril de 1991 no había entrado en vigor todavía.

reconoce una importante excepción, a saber, el consentimiento, que también constituye la base de otros principios de derecho internacional. Otros aún sostienen la teoría de que la regla de la inmunidad del Estado es una regla unitaria y está intrínsecamente sujeta a las limitaciones existentes. Tanto la inmunidad como la no inmunidad forman parte de la misma regla. En otras palabras, la inmunidad existe junto con sus reservas y limitaciones intrínsecas.

3) Al redactar el texto del artículo 5, la Comisión tuvo en cuenta toda la doctrina, así como los tratados, precedentes y legislación nacional pertinentes, en vista de los cuales adoptó una fórmula de transacción que establece como principio básico el de inmunidad calificada de acuerdo con las disposiciones de los presentes artículos que establecen los tipos de procesos en que no puede invocarse la inmunidad del Estado. El texto aprobado en primera lectura incluía entre corchetes las palabras "y en las normas pertinentes del derecho internacional general", mediante las cuales se especificaba que la inmunidad del Estado también estaba sujeta a tales normas. La finalidad de esas palabras era subrayar que los presentes artículos no impedían el desarrollo del derecho internacional y que, por consiguiente, las inmunidades que garantizaban al Estado estaban sujetas tanto a los presentes artículos como al derecho internacional general. Este pasaje suscitó división de opiniones, unas a favor y otras en contra de su mantenimiento. Algunos miembros que se pronunciaron en contra de su mantenimiento expresaron la opinión de que, si se mantenían esas palabras, podía darse el peligro de que se favoreciera una interpretación unilateral del proyecto de artículos que ampliase excesivamente el alcance de las excepciones a las inmunidades del Estado. Finalmente, la Comisión acordó en segunda lectura su supresión por estimar que toda inmunidad o excepción a la inmunidad reconocida en virtud de los presentes artículos no tendría ningún efecto sobre el derecho internacional general ni redundaría en perjuicio del desarrollo futuro de la práctica de los Estados. Los artículos, si llegaran a convertirse en un convenio, sólo serían aplicables en las relaciones entre los Estados que pasaran a ser partes en él.

4) El artículo 5 debe entenderse asimismo como la formulación del principio de la inmunidad del Estado que constituye la base del presente proyecto de artículos y no prejuzga la cuestión de la medida en que los artículos, incluido el artículo 5, deben ser considerados como la codificación de las normas del derecho internacional vigente.

Artículo 6

Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo 5.

2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste:

a) es mencionado como parte en el proceso; o

b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

Comentario

Párrafo 1

1) En el párrafo 1 del artículo 6 se ha procurado definir el contenido de la obligación de hacer efectiva la inmunidad de los Estados y las modalidades para dar aplicación a esa obligación. La regla de la inmunidad de los Estados puede concebirse desde el punto de vista del Estado que da u otorga la inmunidad jurisdiccional, en cuyo caso está justificado adoptar un nuevo punto de partida 69/. Lo que se destaca no es tanto la soberanía del Estado que reivindica la inmunidad, sino, más precisamente, la independencia y la soberanía del Estado que está obligado en virtud del derecho internacional a reconocer y conceder la inmunidad jurisdiccional a otro Estado. Claro está que la obligación de hacer efectiva la inmunidad de los Estados que se enuncia en el artículo 6 solamente es aplicable a las situaciones en que el Estado que

---

69/ La existencia de disposiciones específicas a tal efecto no es infrecuente en la legislación nacional. Véase, por ejemplo, la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, del Reino Unido (art. 1.2)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de Singapur (art. 3.2)); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, del Pakistán (art. 3.2)); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Sudáfrica (art. 2.2)); y la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, del Canadá (art. 3.2)). Véase asimismo el artículo 15 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (cf. más arriba, nota 41).

reivindica la inmunidad tiene derecho a ella en virtud de los presentes artículos. En vista de que, según el proyecto de artículo 5, la inmunidad que se prevé es expresamente una inmunidad respecto de la "jurisdicción de otro Estado", se presupone claramente y sin equívocos la existencia de la "jurisdicción" de ese otro Estado en el asunto de que se trate. De otro modo, no habiendo jurisdicción, sería totalmente innecesario invocar la norma de la inmunidad del Estado. Hay, pues, un vínculo necesario e indisoluble entre la inmunidad de los Estados y la existencia de la jurisdicción de otro Estado con respecto al asunto de que se trate.

2) La misma proposición inicial podría muy bien formularse a la inversa, tomando la jurisdicción de un Estado como punto de partida, después de haber comprobado la existencia inequívoca de la jurisdicción. El párrafo 1 establece la obligación de abstenerse del ejercicio de dicha jurisdicción en la medida en que esto implique, concierna o afecte de algún modo a otro Estado que tenga derecho a la inmunidad y que no acepte someterse a la jurisdicción del primero. Esta limitación del ejercicio de la jurisdicción está prescrita en cuanto norma de derecho internacional y debería respetarse de conformidad con las normas detalladas que se examinarán y puntualizarán en artículos posteriores. Si bien puede ser considerada como la regla general, la obligación de abstenerse del ejercicio de la jurisdicción frente a un Estado extranjero no es ilimitada, sino que debe aplicarse de conformidad con las disposiciones de los presentes artículos. Desde el punto de vista de la soberanía absoluta del Estado que ejerce su jurisdicción con arreglo a su propio derecho interno, toda restricción o suspensión de dicho ejercicio basada en un imperativo del derecho internacional puede considerarse como una limitación.

3) Así pues, toda cuestión relativa a la inmunidad jurisdiccional de un Estado supone ante todo la existencia de una "jurisdicción" válida, en primer lugar de acuerdo con las normas del derecho interno de un Estado y, en última instancia, que la asunción y el ejercicio de dicha jurisdicción no sean incompatibles con ninguna norma fundamental de derecho internacional público. Entonces puede plantearse la cuestión de la aplicabilidad de la inmunidad de los Estados. Hay que poner de relieve, sin embargo, que la Comisión no se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el derecho interno de un Estado sobre el ámbito de la jurisdicción y el derecho internacional general. Si no consta la existencia de una jurisdicción válida, no hay necesidad de alegar, y

menos de fundamentar, la inmunidad del Estado. La autoridad competente para examinar la existencia de una jurisdicción válida puede variar según el derecho interno, si bien, en la práctica, los tribunales son generalmente competentes para determinar la existencia, el alcance y los límites de su propia jurisdicción.

4) Es fácil pasar por alto la cuestión de la jurisdicción y decidir sobre la inmunidad sin antes determinar si existe jurisdicción, en caso de que ésta sea impugnada por otras razones. El tribunal debe convencerse de su competencia antes de pasar a examinar la alegación de la inmunidad jurisdiccional. En la práctica, no existe un orden de prioridad establecido para el examen por el tribunal de las cuestiones de jurisdicción suscitadas por las partes. A menudo, no existe ninguna regla que obligue al tribunal a agotar el examen de otras alegaciones u objeciones relativas a la jurisdicción antes de resolver la cuestión de la inmunidad jurisdiccional.

5) La segunda parte del párrafo 1, que dice "y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo 5", ha sido añadida al texto aprobado en primera lectura. Tiene por objeto definir y reforzar la obligación enunciada en la primera parte de la disposición. Se velará mejor por el respeto de la inmunidad del Estado si los tribunales del Estado del foro, en vez de limitarse a intervenir en virtud de la declaración del otro Estado, determinan de oficio si el proceso está dirigido verdaderamente contra ese Estado y si éste tiene derecho a invocar la inmunidad. La comparecencia ante los tribunales extranjeros para invocar la inmunidad tendría importantes consecuencias financieras para el Estado demandado y, por consiguiente, no debe convertirse en condición necesaria para la determinación de la inmunidad del Estado. Esa parte de la disposición no tiene por objeto, en cambio, disuadir al Estado demandado de comparecer ante el tribunal, lo que constituiría la mejor garantía para lograr un resultado satisfactorio. La fórmula "velará por que sus tribunales" se emplea para dejar claramente sentado que la obligación incumbe al Estado del foro, al que corresponde hacerla efectiva de conformidad con sus procedimientos internos. La mención del artículo 5 indica que esta disposición no debe entenderse de modo que prejuzgue la cuestión de si el Estado tiene derecho efectivamente a acogerse a la inmunidad en virtud de los presentes artículos.

Párrafo 2

6) El párrafo 2 trata del concepto de proceso incoado contra un Estado ante los tribunales de otro Estado. Un Estado puede ser demandado o verse implicado de diversas maneras en un litigio o proceso ante un tribunal de otro Estado.

7) Un proceso ante los tribunales de un Estado se considera incoado contra otro Estado si éste es mencionado como parte en el proceso o, en caso de que el otro Estado no sea por sí mismo parte en el proceso, éste tienda efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado. El texto ha sido modificado en segunda lectura, a fin de trazar claramente la distinción entre ambos supuestos.

Apartado a) del párrafo 2

8) Un Estado queda indudablemente implicado en un litigio ante los tribunales de otro Estado si se incoa contra él un proceso en el que se le designa por su nombre. La cuestión de la inmunidad sólo se plantea cuando el Estado demandado no está dispuesto a que se sustancie un proceso contra él o no consiente en ello. La cuestión de la inmunidad no se plantea si el Estado demandado acepta ser parte en el proceso.

9) En la práctica de los Estados, si bien la inmunidad jurisdiccional se ha concedido frecuentemente en casos en que ningún Estado como tal ha sido mencionado como parte en un proceso, en realidad hay un número sorprendente de casos de implicación directa en procesos en los que los Estados son citados efectivamente como demandados 70/.

10) El apartado a) del párrafo 2 se aplica a todos los procesos en los que se menciona como parte al propio Estado o a cualquiera de sus entidades o personas legitimadas para invocar la inmunidad jurisdiccional de conformidad con el apartado b) del párrafo 1 del artículo 2.

70/ Véanse, por ejemplo, F. Advokaat v. I. Schuddinck & den Belgischen Staat (1923) (Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), caso N° 69, pág. 133); United States of America v. Republic of China (1950) (International Law Reports, 1950 (Londres), vol. 17 (1956), caso N° 43, pág. 168); The "Hai Hsuan" - United States of America v. Yong Soon Fe and another (1950) (ibid., caso N° 44, pág. 170); Stato de Grecia v. Di Capone (1926) (Rivista de diritto internazionale (Roma), serie III, vol. VI (1927), pág. 102); Pauer v. Hungarian People's Republic (1956) (International Law Reports, 1957 (Londres), vol. 24 (1961), pág. 211); Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba (1976) (International Legal Materials (Wáshington, D.C.), vol. XV, N° 4 (julio 1976, pág. 735)).

Apartado b) del párrafo 2

11) Sin cerrar la lista de los beneficiarios de las inmunidades estatales, hay que señalar que los procedimientos que entrañan el embargo preventivo o la ejecución de bienes públicos o de bienes pertenecientes a un Estado extranjero o que están en su posesión o bajo su control se han considerado en la práctica de los Estados como acciones que de hecho implican al soberano extranjero o tratan de forzar al Estado extranjero a someterse a la jurisdicción local. Entre esas acciones no figuran sólo las acciones reales o las acciones en materia marítima dirigidas contra buques pertenecientes al Estado o que navegan por cuenta del Estado y que son utilizados con fines de defensa y otros fines pacíficos 71/, sino también el embargo preventivo (saisie conservatoire) y otras medidas cautelares y el embargo para ejecución de una sentencia (saisie exécutoire). En la presente parte del informe, no se examinará la fase posjudicial de ejecución, dado que no sólo afecta a la inmunidad jurisdiccional, sino también a la inmunidad respecto de la ejecución, etapa más avanzada del proceso de las inmunidades jurisdiccionales 72/.

12) Como se ha visto, el derecho de las inmunidades de los Estados no ha ido desarrollándose en la práctica de los Estados a partir de procesos promovidos directamente contra Estados o gobiernos extranjeros citados por su nombre, sino más indirectamente, mediante una larga serie de acciones para el embargo o la ejecución de buques en relación con créditos marítimos privilegiados, el pago de una indemnización por abordaje o la remuneración de la asistencia o el

---

71/ Véanse a este respecto el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los buques de Estado, de 1926, y su protocolo adicional (Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, pág. 199); la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (Ginebra, 1958) (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 516, pág. 205); la Convención sobre la Alta Mar (Ginebra, 1958) (ibid., vol. 450, pág. 11), y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.83.V.5).

72/ Véase más abajo, artículos 18 y 19.

salvamento 73/. Abundan en la práctica de los Estados los ejemplos de inmunidades del Estado en relación con sus buques de guerra 74/, sus fuerzas visitantes 75/, sus armas y municiones 76/, y sus aeronaves 77/. Se puede invocar la inmunidad no solamente cuando el Estado extranjero esté en condiciones de acreditar título o propiedad sobre los bienes 78/, sino también, evidentemente, cuando los bienes estén en posesión del Estado extranjero o bajo su control 79/. El Tribunal no debe ejercer su jurisdicción

---

73/ Véase, por ejemplo, The Schooner "Exchange" v. McFaddon (1812) (W. Cranch, Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, 3a. ed. (Nueva York, Banks Law Publishing, 1911), vol. VII, pág. 116); The "Prins Frederik" (1820) (J. Dodson, Reports Cases Argued and Determined in the High Court of Admiralty (1815-1822) (Londres), vol. II (1828), pág. 451); The "Charkieh" (1873) (Reino Unido, The Law Reports, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Courts, vol. IV (1875), pág. 97).

74/ Véase, por ejemplo, The "Constitution" (1879) (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, vol. IV (1879), pág. 39); The "Ville de Victoria" y The "Sultan" (1887) (véase G. Gidel, Le droit international public de la mer (París, Sirey, 1932), vol. II, pág. 303); "El Presidente Pinto" (1891) y "Assari Tewfik" (1901) (véase C. Baldoni, "Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères", Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1938-III (París, Sirey, 1938), vol. 65, págs. 247 y ss.).

75/ Véase, por ejemplo, el caso The Schooner "Exchange" (1812) y los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas (véase más arriba, nota 35).

76/ Véase, por ejemplo, Vavasseur v. Krupp (1878) (Reino Unido, The Law Reports, Chancery Division, vol. IX (1878), pág. 351).

77/ Véase, por ejemplo, el caso Hong Kong Aircraft-Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corp. (1953) (Reino Unido, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1953, pág. 70).

78/ Véase, por ejemplo, Juan Ysmael & Co. v. Government of the Republic of Indonesia (1954) (International Law Reports, 1954 (Londres), vol. 21 (1957), pág. 95), y también los casos relativos a cuentas bancarias de un gobierno extranjero, tales como Trendtex Trading Corporation Ltd. v. The Central Bank of Nigeria (1977) (International Legal Materials (Wáshington, D.C.), vol. XVI, N° 3 (mayo 1977), pág. 471).

79/ Véase, por ejemplo, el caso "Philippine Admiral" (1975) (International Legal Materials, vol. XV, N° 1 (enero 1976), pág. 133).

de tal forma que coloque a un soberano extranjero ante la alternativa de quedar privado de sus bienes o someterse a la jurisdicción del tribunal 80/. 13) El apartado b) se aplica en los supuestos en que el Estado no es mencionado como parte en el proceso pero aparece implicado indirectamente en él, como por ejemplo en el caso de una acción real concerniente a bienes de Estado, como un buque de guerra. El texto aprobado en primera lectura ha sido simplificado en segunda lectura. En primer lugar, la cláusula "siempre que tal proceso tenga efectivamente por objeto obligar a ese... Estado a someterse a la jurisdicción del tribunal" ha sido suprimida por entenderse que, en el supuesto considerado, carecía de sentido. Se han suprimido también las palabras "o a soportar las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal que puedan afectar a", en la última parte de la frase, por entenderse que creaban una relación demasiado vaga entre el procedimiento y las consecuencias a que daba lugar para el Estado de que se trataba y, de ese modo, podían originar interpretaciones excesivamente amplias del párrafo. Para que el texto fuera más preciso a este respecto se sustituyeron, pues, esas palabras por el verbo "menoscabar". Por último, la Comisión suprimió el párrafo 3 que, dada la definición muy detallada del término "Estado" contenida en el artículo 2, había perdido su razón de ser.

Artículo 7

Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto:

a) por acuerdo internacional;

b) en un contrato escrito; o

c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.

2. El acuerdo otorgado por un Estado respecto de la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado.

80/ Dollfus Mieg et Cie v. Bank of England (1950) (véase más arriba, nota 49).

Comentario

1) En la presente parte del proyecto, el artículo 5 enuncia la regla de la inmunidad del Estado, mientras que el artículo 6 define los modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado. De estas dos proposiciones se desprende un tercer elemento lógico, la noción de "consentimiento" 81/, cuyas diversas formas se tratan también en los artículos 7, 8 y 9 de esta parte 82/.

Párrafo 1

a) La pertinencia del consentimiento y sus efectos

2) El párrafo 1 trata exclusivamente del consentimiento expreso dado por un Estado en la forma que en él se especifica, es decir, el consentimiento dado por un Estado por acuerdo internacional, en un contrato escrito o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.

i) La falta de consentimiento como elemento esencial de la inmunidad del Estado

3) Como se ha dado a entender en el artículo 5, relativo a la inmunidad del Estado, y se ha indicado más claramente en el artículo 6, relativo a la obligación de abstenerse de someter a otro Estado a la propia jurisdicción, hay una presunción de inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se pide al tribunal de otro Estado que ejerza su jurisdicción.

81/ La noción de "consentimiento" también es pertinente para la teoría de la inmunidad de los Estados en relación con otro aspecto. A veces se considera que el Estado territorial o Estado receptor ha consentido en la presencia de fuerzas extranjeras amigas que pasan por su territorio y ha renunciado al ejercicio de su jurisdicción normal sobre tales fuerzas. Véase, por ejemplo, el Magistrado Marshall en The Schooner "Exchange" v. McFaddon (1812) (véase más arriba, nota 73).

82/ Por lo que respecta a la práctica legislativa de los Estados véase, por ejemplo, la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976, de los Estados Unidos (apartado a) del párrafo 1 del artículo 1605); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido (art. 2); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur (art. 4); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán (art. 4); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (art. 3); la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, del Canadá (art. 4); y la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia (art. 10).

La regla de la inmunidad del Estado en virtud del artículo 5 no es aplicable si el Estado de que se trata ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de otro Estado. El artículo 6 no impone a ningún Estado la obligación de abstenerse de ejercer su jurisdicción, de conformidad con sus reglas de competencia, sobre o contra otro Estado que haya consentido en tal ejercicio. La obligación de abstenerse de someter a otro Estado a la propia jurisdicción no es una obligación absoluta. Está claramente subordinada a la inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se quiere ejercer la jurisdicción.

4) El consentimiento, cuya inexistencia se convierte así en un elemento esencial de la inmunidad de los Estados, merece la más detenida atención. La obligación de abstenerse de ejercer jurisdicción contra otro Estado o de proceder contra otro gobierno soberano se basa en la afirmación o en la presunción de que tal ejercicio se realiza sin consentimiento. La falta de consentimiento parece presunta más que afirmada en cada caso. La inmunidad del Estado se aplica en el supuesto de que el Estado contra el que ha de ejercerse la jurisdicción no da su consentimiento para someterse a la jurisdicción o no está dispuesto a ello. Esa falta de voluntad o ausencia de consentimiento generalmente se presume, salvo indicación en contrario. El tribunal que ejerce su jurisdicción contra un Estado extranjero que no comparece en el proceso no puede ni suele dar por supuesto o presumir que existe consentimiento o voluntad de someterse a su jurisdicción. Para que el ejercicio de la jurisdicción o competencia contra otro Estado esté justificado es preciso que el consentimiento esté probado o que haya medios de probarlo. Cualquier enunciación de la doctrina de la inmunidad de los Estados o de su corolario será incompleta sin una referencia a la noción de consentimiento o, más exactamente, a la falta de consentimiento como elemento constitutivo de la inmunidad de los Estados o el deber correlativo de abstenerse de someter a otro Estado a la jurisdicción nacional.

5) La referencia expresa a la ausencia de consentimiento como condición sine qua non de la aplicación de la inmunidad del Estado está corroborada por la práctica de los Estados. Algunas de las respuestas al cuestionario distribuido a los Estados miembros ponen claramente de relieve esta relación entre la ausencia de consentimiento y el ejercicio admisible de la

jurisdicción 83/. La expresión "sin consentimiento", utilizada a menudo en relación con la obligación de declinar el ejercicio de la jurisdicción, tiene a veces su equivalente en los textos judiciales en cláusulas como "contra la voluntad del Estado soberano" o "contra la oposición del soberano" 84/.

ii) El consentimiento como elemento que permite el ejercicio de la jurisdicción

6) Si la falta de consentimiento constituye una excepción al ejercicio de la jurisdicción, es interesante examinar el efecto del consentimiento del Estado interesado. Lógicamente se deduce que la existencia del consentimiento del Estado contra el que se incoa el proceso judicial servirá para eliminar este considerable obstáculo a la asunción y el ejercicio de la jurisdicción. Si se considera la ausencia de consentimiento como un elemento constitutivo esencial de la inmunidad del Estado, o inversamente como elemento que inhabilita un tribunal que en otro caso sería competente para ejercer su jurisdicción, la manifestación de consentimiento por el Estado interesado elimina ese impedimento al ejercicio de la jurisdicción. Con el consentimiento del Estado

---

83/ Véase, por ejemplo, la respuesta de Trinidad y Tabago (junio de 1980) a la pregunta 1 del cuestionario enviado a los gobiernos en la que se dice lo siguiente:

> "El common law de la República de Trinidad y Tabago prevé expresamente las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros y de sus bienes y, en forma general, el no ejercicio de la jurisdicción respecto de los Estados extranjeros y de sus bienes sin su consentimiento. Un tribunal ante el cual se promoviera una acción dirigida contra un Estado soberano extranjero aplicaría las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la materia." (Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 610)

84/ Véase, por ejemplo, Lord Atkin in The "Cristina" (1938), Annual Digest..., 1938-1940 (Londres), vol. 9, caso N° 36, pág. 250):

> "El fundamento de la solicitud de que se revoque el mandamiento de embargo preventivo de un buque se encuentra en dos proposiciones de derecho internacional incorporadas en nuestro derecho interno y que, en mi opinión, están firmemente arraigadas y no admiten ninguna duda. En virtud de la primera los tribunales de un país no deben proceder contra un soberano extranjero, es decir, no deben obligarle contra su voluntad a comparecer como parte en un proceso judicial, tanto si el proceso está dirigido contra su persona como si tiene por objeto obtener de él determinados bienes o indemnizaciones de daños y perjuicios." (ibid., pág. 252.)

soberano, el tribunal de otro Estado queda autorizado o facultado para ejercer su jurisdicción en virtud de sus reglas generales de competencia, como si el Estado extranjero fuera un simple particular extranjero que puede demandar y ser demandado del modo usual, sin invocar ninguna doctrina o regla de la inmunidad de los Estados o inmunidad soberana 85/.

b) La manifestación del consentimiento en el ejercicio de jurisdicción

7) La presunción de consentimiento como teoría jurídica que ofrece una explicación parcial o una justificación de la doctrina de la inmunidad del Estado se refiere más generalmente al consentimiento del Estado en no ejercer su jurisdicción normal contra otro Estado o en renunciar a su jurisdicción respecto de otro Estado, que en otro caso sería válida, si no media el consentimiento de éste. Por consiguiente, la noción del consentimiento opera en más de un sentido, especialmente en lo que se refiere en primer lugar al Estado que consiente en renunciar a su jurisdicción (dando lugar así a la inmunidad de otro Estado respecto de esa jurisdicción) y a los casos que se examinan en los que la existencia del consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción de otro Estado impide la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado. El consentimiento de un Estado en el ejercicio de jurisdicción por otro Estado puede ser otorgado con respecto a un asunto determinado. Asimismo, el consentimiento de un Estado con respecto a una cuestión puede limitarse a un asunto determinado exclusivamente y, por consiguiente, no afectar a la inmunidad del Estado con respecto a una cuestión similar en otro asunto. Así pues, la Comisión modificó ligeramente en segunda lectura el final de la cláusula inicial del párrafo, que ahora dice: "en relación con una cuestión o un asunto".

8) En el supuesto considerado, es decir, el del Estado contra el que se ha promovido un proceso judicial, parece posible distinguir varios métodos de manifestar o expresar el consentimiento. En este supuesto concreto, el

---

85/ Así, el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil de la Unión Soviética y de las Repúblicas de la Unión, aprobado por Ley de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 8 de diciembre de 1961, dispone: "El ejercicio de una acción contra un Estado extranjero y el embargo o ejecución de bienes situados en la URSS sólo se autorizarán con el consentimiento de las autoridades competentes del Estado de que se trate". (Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 40.)

consentimiento no debe presumirse ni sobreentenderse fácilmente. Cualquier alusión que se haga en la presente parte a una teoría del "consentimiento tácito", como posible excepción a los principios generales de las inmunidades de los Estados, debe considerarse no como una excepción en sí misma, sino más bien como una explicación o justificación adicional de una excepción por lo demás válida y generalmente reconocida. No cabe, por consiguiente, sobreentender el consentimiento de un Estado que no lo haya manifestado de manera clara y determinable, incluidos los modos previstos en el artículo 8. Queda por determinar la manera en que ese consentimiento debe darse o manifestarse para eliminar la obligación del tribunal de otro Estado de abstenerse de ejercer su jurisdicción contra un Estado igualmente soberano.

i) Consentimiento dado en un contrato escrito o por una declaración o una comunicación escrita en un proceso determinado

9) Otra prueba sencilla e indiscutible del consentimiento es que el Estado manifieste su consentimiento en un contrato escrito, a tenor de lo dispuesto en el apartado b) 86/, o por escrito especialmente para un caso concreto ante la autoridad después de que haya surgido una controversia, conforme al apartado c). Un Estado tiene siempre la posibilidad de comunicar la manifestación de su consentimiento en el ejercicio de la jurisdicción por el tribunal de otro Estado en un proceso incoado contra él o en el cual tenga un interés haciendo constar ese consentimiento mediante una declaración oral ante el tribunal realizada debidamente por uno de sus representantes autorizados, como un agente o consejero, o mediante una comunicación escrita hecha por la vía diplomática o cualquier otro conducto generalmente aceptado. El Estado también puede, por el mismo método, dar a conocer su oposición o falta de consentimiento o hacer constar por escrito las razones destinadas a refutar

---

86/ Véase, por ejemplo, el asunto Bayerischer Rundfunk c. Schiavetti Magnani (Corte di Cassazione, 12 de enero de 1987) (Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1988, vol. 24, pág. 512), concerniente a la contratación en Italia de un periodista italiano por una empresa pública alemana de radiodifusión. El tribunal falló que, habiendo las partes pactado en el contrato de trabajo el reconocimiento de la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Italia, Bayerischer Rundfunk no podía invocar la inmunidad de jurisdicción y debía ser tratada como una empresa privada.

cualquier alegación o afirmación de que ha dado su consentimiento 87/. En su redacción original, el apartado c) disponía que el consentimiento del Estado podía manifestarse por una declaración ante el tribunal en un caso determinado. Sin embargo, se señaló que ese texto requeriría que el Estado que desease hacer tal declaración enviara a un representante para que compareciese especialmente ante el tribunal nacional, y que tenía que ser posible hacer esa declaración por una comunicación escrita al demandante o al tribunal. Así pues, la Comisión agregó en segunda lectura la última parte del apartado c) para dar al Estado la posibilidad de consentir en el ejercicio de jurisdicción mediante una comunicación escrita de ese género. La Comisión sustituyó también en segunda lectura las palabras "en un caso determinado" por "en un proceso determinado", a fin de armonizar mejor el apartado c) y la cláusula preliminar del párrafo.

ii) Consentimiento dado de antemano por acuerdo internacional

10) El consentimiento del Estado puede darse de antemano en general o para uno o varios tipos de controversias o asuntos. Esa manifestación de consentimiento es obligatoria para el Estado que la realiza de acuerdo con la forma y las circunstancias en que se dé el consentimiento y con sujeción a los límites señalados en su manifestación. La naturaleza y el alcance de su carácter obligatorio dependen de la parte que alegue ese consentimiento. Por ejemplo, si, a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1, el consentimiento se manifiesta en una disposición de un tratado celebrado entre Estados, no hay duda de que es obligatorio para el Estado que da el consentimiento, y los Estados partes facultados para acogerse a las disposiciones del tratado pueden alegar la manifestación de ese consentimiento 88/. El derecho de los tratados confirma la validez de la

---

87/ Véanse, por ejemplo, las declaraciones sometidas por escrito al tribunal por diplomáticos acreditados en Krajina v. The Tass Agency and another (1949); y en First Fidelity Bank v. the Government of Antigua and Barbuda (1989) (877 F 2nd, 189, U.S. Court of Appeals, 2nd Cir., 7 de junio de 1989); compárese con Compañía Mercantil Argentina v. United States Shipping Board (1924) y Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956) (casos citados más arriba, nota 47).

88/ En un asunto reciente, Frolova v. Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (761 F 2nd, 370. U.S. Court of Appeals, 7th Cir., 1° de mayo de 1985. The American Journal of International Law, vol. 79, pág. 1057 (1985)), el tribunal estadounidense falló que la Unión Soviética no había

manifestación del consentimiento en someterse a la jurisdicción, así como la aplicabilidad de las demás disposiciones del tratado. Por consiguiente, la ausencia de un nexo jurídico con el tratado impide que los que no sean partes en él puedan acogerse a los beneficios o ventajas que ofrecen sus disposiciones. De igual modo, si el consentimiento se manifiesta en una disposición de un acuerdo internacional celebrado por Estados y organizaciones internacionales, todas las partes, incluidas las organizaciones internacionales, pueden beneficiarse del efecto permisivo de ese consentimiento. Por otra parte, la posibilidad de que personas físicas y jurídicas puedan invocar con éxito las disposiciones del tratado o acuerdo internacional depende generalmente de las normas del ordenamiento jurídico interno relativas a la aplicación de los tratados.

11) La práctica de los Estados no llega hasta el extremo de corroborar la afirmación de que el tribunal de un Estado está obligado a ejercer su jurisdicción sobre o contra otro Estado soberano que previamente haya manifestado su consentimiento en someterse a esa jurisdicción en virtud de la disposición de un tratado o de un acuerdo internacional 89/, o conforme a las cláusulas de un contrato 90/ celebrado con la persona física o jurídica de que

---

renunciado tácitamente a su inmunidad a los efectos de la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros al firmar la Carta de las Naciones Unidas y los Acuerdos de Helsinki. El tribunal señaló que las actas de la Comisión del Congreso sobre dicha ley se referían a la renuncia por tratado en relación con renuncias expresas, pero que no incluían la renuncia por tratado en la lista de ejemplos de renuncias tácitas.

89/ Existen ciertos tratados multilaterales que vienen al caso, como el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 (véase más arriba, nota 41) y el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los buques de Estado, de 1926 (véase más arriba, nota 71), así como los enumerados en Materials on Jurisdictional Immunities..., parte III, sec. B, págs. 150 y ss. También son pertinentes varios tratados comerciales bilaterales entre países no socialistas, entre países socialistas y países desarrollados y entre países socialistas y países en desarrollo (ibid., parte 3, secs. A.3 y A.4, págs. 140 y ss.).

90/ Véase, por ejemplo, un acuerdo entre Banque Française du Commerce Extérieur y el Reino de Tailandia, firmado en París el 23 de marzo de 1978 por el representante autorizado del Ministro de Finanzas de Tailandia. El artículo III, apartado 3.04, dispone:

> "Para los efectos de jurisdicción y de cumplimiento o ejecución de una sentencia o un laudo, el Garante hace constar que por el presente acuerdo renuncia a todo derecho a hacer valer ante un tribunal de

se trate. Si bien el Estado que haya dado su consentimiento expreso de cualquiera de esas maneras puede quedar obligado por tal manifestación, conforme al derecho internacional o al derecho interno, el ejercicio de la jurisdicción o la decisión de ejercerla o no ejercerla compete exclusivamente al tribunal mismo. En otras palabras, las normas relativas a la manifestación del consentimiento del Estado implicado en un litigio no son obligatorias de un modo absoluto para el tribunal de otro Estado, que es libre de seguir absteniéndose de ejercer la jurisdicción, con sujeción, naturalmente, a las normas dimanantes del derecho interno del Estado interesado. El tribunal puede y debe formular sus propias reglas y establecer sus propios requisitos en lo que respecta a la manera en que debe darse ese consentimiento para que tenga los efectos deseados. El tribunal puede negarse a reconocer la validez del consentimiento dado de antemano y no en el momento de ejercitarse la acción, del consentimiento que no se haya dado ante la autoridad competente o del consentimiento que no se haya dado in facie curiae 91/. La proposición que se enuncia en el proyecto de artículo 7 es, pues, de carácter facultativo y no preceptivo por lo que respecta al tribunal. El tribunal puede ejercer o no su jurisdicción. El derecho internacional consuetudinario o los usos internacionales reconocen que el tribunal puede ejercer su jurisdicción contra otro Estado que haya manifestado su consentimiento en forma inequívoca, pero el ejercicio efectivo de esa jurisdicción es una facultad discrecional que compete exclusivamente al tribunal, el cual puede exigir una regla más rígida para la manifestación del consentimiento.

---

arbitraje o tribunal de justicia o cualquier otra autoridad todo medio de defensa o excepción basado en su inmunidad soberana." (Malaya Law Review (Singapur), vol. 22, N° 1 (julio de 1980), pág. 192, nota 22.)

91/ Véase, por ejemplo, Duff Development Co. Ltd. v. Government of Kelantan and another (1924) (véase más arriba, nota 30); por el hecho de haber dado su asentimiento al compromiso de arbitraje en un instrumento fehaciente o de haber pedido a los tribunales que anularan el laudo del árbitro, el Gobierno de Kelantán no se había sometido a la jurisdicción de la Alta Corte con respecto a una acción ejercitada ulteriormente por la sociedad para obtener la ejecución del laudo (op. cit., págs. 809 y 810). Véase también Kahan v. Pakistan Federation (1951) (véase más arriba, nota 31) y Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956) (véase más arriba, nota 30).

12) El consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción ante el tribunal de otro Estado comprende el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de apelación en las fases ulteriores del proceso, comprendida la decisión del tribunal competente en última instancia y en revisión o en casación, pero no la ejecución de la sentencia.

Párrafo 2

13) El consentimiento de un Estado en la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por un tribunal de ese otro Estado. Las cuestiones del consentimiento en el ejercicio de jurisdicción y de la legislación aplicable al caso deben tratarse separadamente. La Comisión añadió en segunda lectura el párrafo 2 para dejar sentada esa importante aclaración.

Artículo 8

Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal

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

a) si él mismo ha incoado ese proceso; o

b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. No obstante, el Estado, si prueba ante el tribunal que no pudo haber tenido conocimiento de hechos en que pueda fundarse una demanda de inmunidad hasta después de haber realizado aquel acto, podrá invocar la inmunidad basándose en esos hechos, con tal que lo haga sin dilación.

2. No se entenderá que un Estado ha consentido en que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción si interviene en un proceso o realiza cualquier otro acto con el solo objeto:

a) de invocar la inmunidad; o

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

3. La comparecencia de un representante de un Estado ante un tribunal de otro Estado en calidad de testigo no se interpretará como consentimiento del primer Estado en el ejercicio de jurisdicción por ese tribunal.

4. La incomparecencia de un Estado en un proceso ante un tribunal de otro Estado no se interpretará como consentimiento del primer Estado en el ejercicio de jurisdicción por ese tribunal.

Comentario

1) El artículo 8 versa sobre el supuesto en que la participación de un Estado en un proceso ante los tribunales de otro Estado puede considerarse como prueba del consentimiento del Estado participante en que esos tribunales ejerzan jurisdicción. La manifestación del consentimiento o su comunicación debe ser expresa. El consentimiento puede también manifestarse por un comportamiento activo del Estado, pero su existencia no puede presumirse simplemente por deducción, ni por el mero silencio, aquiescencia o inacción de ese Estado. Un claro ejemplo de comportamiento o acción que equivale a la manifestación de asentimiento, anuencia, acuerdo, aprobación o consentimiento con respecto al ejercicio de la jurisdicción es la comparecencia del Estado o en nombre del Estado para oponerse a la demanda en cuanto al fondo. Tal comportamiento puede adoptar la forma de petición de un Estado de que se le considere parte en el litigio, independientemente del grado en que esté dispuesto a obligarse por la resolución o del alcance de su previa aceptación de ulteriores medidas de ejecución del fallo 92/. En realidad, la manifestación del consentimiento por escrito, a la que se refiere el artículo 7, o mediante el comportamiento, de la que se trata en el presente comentario, llevan prácticamente a los mismos resultados. Ambos modos de manifestación del consentimiento constituyen un acto de sumisión voluntaria de un Estado a la jurisdicción, que indica la voluntad y la buena disposición libremente expresadas por un Estado soberano de someterse a las consecuencias de la decisión del tribunal de otro Estado, con la sola exclusión de las medidas coercitivas, que requieren un nuevo consentimiento del Estado extranjero.

92/ Aunque, por razones prácticas, F. Laurent no distinguió en su Le droit civil international (Bruselas, Bruylant-Christophe, 1881), vol. III, págs. 80 y 81, entre la "potestad de decidir" (jurisdiction) y la "potestad de ejecutar" (execution), no se puede presumir que el consentimiento de un Estado en someterse al ejercicio de la potestad de decidir del tribunal de otro Estado se extienda al ejercicio de la potestad de ejecutar o dar cumplimiento al fallo contra el Estado que ha consentido en que se ejerza jurisdicción compareciendo ante el tribunal sin proponer la excepción de inmunidad de jurisdicción.

Párrafo 1

2) Existe una prueba inequívoca del consentimiento para la asunción y el ejercicio de la jurisdicción por el tribunal si el Estado a sabiendas comparece para oponerse a una pretensión o contestar una demanda que afecte al Estado o se refiera a una cuestión en la que éste esté interesado y cuando tal comparecencia se efectúe incondicionalmente y sin alegar la excepción de inmunidad del Estado, aunque se hayan formulado otras objeciones contra el ejercicio de la jurisdicción, en ese caso basadas en causas, distintas de la inmunidad jurisdiccional, reconocidas por las normas generales de conflicto de leyes o las reglas de competencia del tribunal.

3) Un Estado, al optar por constituirse en parte en un litigio ante un tribunal de otro Estado, consiente claramente en someterse al ejercicio de esa jurisdicción, independientemente de que intervenga como demandante o demandado o incluso como autor de una demanda de tercería, o de que se trate de una acción real o de un procedimiento de embargo de un bien que le pertenezca o en el que tenga un interés o de un bien que se halle bajo su posesión o control.

a) Incoación de un proceso o intervención en él

4) Un modo patente de sumisión voluntaria es el que consiste en el acto de ejercitar una acción o promover un proceso ante un tribunal de otro Estado. Al constituirse en parte actora ante la autoridad judicial de otro Estado, el Estado demandante, que trata de obtener reparación judicial o ejercitar otros recursos, se somete manifiestamente a la jurisdicción del foro. Es indudable que, cuando un Estado entabla un proceso ante un tribunal de otro Estado, se ha sometido irrevocablemente a la jurisdicción de ese otro Estado en la medida en que no puede ya admitirse una excepción suya contra el ejercicio de la jurisdicción que ha invocado él mismo inicialmente 93/.

5) Se produce el mismo resultado cuando un Estado interviene en un proceso ante un tribunal de otro Estado, a menos que, como establece el párrafo 2, dicha intervención consista exclusivamente en invocar la inmunidad del Estado

---

93/ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 1 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (véase más arriba, nota 41), que dispone:

> "El Estado Contratante que incoe un proceso ante el tribunal de otro Estado Contratante o intervenga en él se somete, a los efectos de ese proceso, a la jurisdicción de los tribunales de ese Estado."

o tenga precisamente por objeto oponerse al ejercicio de la jurisdicción alegando la propia inmunidad soberana 94/. Análogamente, el Estado que participa en un procedimiento promovido para que los demandantes litiguen entre sí sobre su mejor derecho (interpleader proceeding) se somete voluntariamente a la jurisdicción de ese tribunal. Toda participación positiva de un Estado en un proceso en cuanto al fondo, por su propia iniciativa y sin apremio alguno, es incompatible con la alegación ulterior de que el Estado que obra voluntariamente ha sido implicado contra su voluntad. El apartado b) también ofrece a los Estados la posibilidad de alegar la inmunidad en aquellos casos en que un Estado ha realizado actos con relación al fondo de un proceso antes de tener conocimiento de hechos en los que puede fundarse una alegación de inmunidad. Se señaló que podía darse una situación en la que el Estado desconociera ciertos hechos en los que había podido basarse para invocar la inmunidad. Podía ocurrir que el Estado incoase el procedimiento o interviniera en un asunto antes de tener conocimiento de la existencia de esos hechos. En tales casos, los Estados debían tener la posibilidad de invocar la inmunidad si se daban dos condiciones. La primera era que el Estado probase ante el tribunal que no podía haber tenido conocimiento de los hechos en que podía fundarse una demanda de inmunidad hasta después de haber intervenido en el proceso o realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. En segundo lugar, el Estado debía aportar esa

---

94/ De este modo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 1 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados:

> "Un Estado Contratante que entable una reconvención ante un tribunal de otro Estado Contratante se somete a la jurisdicción de los tribunales de ese Estado a los efectos, no sólo de la reconvención, sino también de la demanda principal."

Véase asimismo The Republic of Portugal v. Algemene Oliehandel International (AOI), Tribunal de Distrito de Rotterdam, 2 de abril de 1982, NJ (1983) N° 722, Netherlands Yearbook of International Law, vol. XVI, pág. 522, 1985, asunto en el que se falló que la demanda de inmunidad de jurisdicción de Portugal debía ser desestimada por haberse sometido voluntariamente a la jurisdicción de un tribunal holandés al oponerse a una sentencia dictada en ausencia por el Tribunal de Distrito de Rotterdam en la que se ordenaba a Portugal que pagara una suma de dinero a AOI.

prueba sin dilación 95/. Este aspecto de la cuestión es objeto de la segunda frase del apartado b) del párrafo 1, que ha sido añadida en segunda lectura.

b) Comparecencia voluntaria

6) Puede considerarse que un Estado ha consentido en que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción sin ser el mismo actor o demandante ni intervenir en el procedimiento ante ese tribunal. Por ejemplo, un Estado puede ofrecerse a comparecer o personarse libremente, no para responder a ninguna reclamación ni citación, sino por su propia y libre voluntad para deducir una pretensión independiente en relación con el proceso incoado ante un tribunal de otro Estado. Salvo que la alegación se refiera a la inmunidad jurisdiccional con respecto al procedimiento que se está sustanciando, la comparecencia voluntaria ante un tribunal de otro Estado constituye otro ejemplo de consentimiento en el ejercicio de la jurisdicción, después de lo cual no puede proponerse con éxito la excepción de inmunidad.

Párrafo 2

7) Un Estado no consiente en someterse al ejercicio de la jurisdicción de otro Estado cuando comparece condicionalmente o lo hace expresamente para oponerse o impugnar la jurisdicción basándose en la inmunidad soberana del Estado, aun cuando tal comparecencia, acompañada de otras alegaciones en cuanto al fondo para probar su inmunidad, pueda dar lugar al ejercicio

---

95/ Véanse, por ejemplo, los apartados a) y b) del párrafo 4 del artículo 2 de la State Immunity Act de 1978 del Reino Unido (The Public General Acts 1978 (H.M. Stationery Office), parte I, cap. 33, pág. 175; texto reproducido en Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 41 y ss.). El párrafo 5 no considera como sumisión voluntaria un acto realizado por un Estado en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado:

> "... con desconocimiento de los hechos que le autorizan a invocar la inmunidad o si esos hechos no pudieran haberse determinado razonablemente y se alega la inmunidad tan pronto como sea razonablemente posible."

La demora en oponer la excepción de inmunidad jurisdiccional puede dar la impresión de que ha habido sumisión.

efectivo de la jurisdicción por el tribunal 96/. La participación con el objeto limitado de oponerse a la continuación del procedimiento tampoco puede considerarse como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción 97/.
Por otra parte, un Estado puede alegar un derecho o interés en un bien mediante la presentación de un principio de prueba del título en litigio en un proceso en el que el Estado no es parte, sin quedar por ello sometido a la jurisdicción de otro Estado, de conformidad con el apartado b) del párrafo 2. Sin embargo, la formulación por un Estado de una pretensión sobre el derecho de propiedad en un proceso se considera intervención en cuanto al fondo y, en consecuencia, el Estado no puede invocar la inmunidad en dicho proceso.

96/ No se da un verdadero consentimiento sin pleno conocimiento del derecho a formular una objeción basada en la inmunidad del Estado (Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956) (véase más arriba, nota 47), pero véase también Earl Jowitt, en Juan Ysmael & Co. v. Government of the Republic of Indonesia (1954) (véase más arriba, nota 78)), en el que afirmó incidentalmente que un gobierno demandante:

> "... debe aportar prueba bastante a juicio del tribunal de que su pretensión no es puramente ilusoria ni está basada en un título que adolece manifiestamente de un defecto legal. El tribunal debe poder considerar que han de dirimirse derechos contradictorios en relación con la pretensión del Gobierno extranjero." (op. cit., pág. 99)

Compárese con el caso Hong Kong Aircraft (véase más arriba, nota 77), en el que Sir Leslie Gibson, de la Corte Suprema de Hong Kong, no consideró suficiente la mera pretensión de titularidad (International Law Reports, 1950 (Londres), vol. 17, caso N° 45, pág. 173). Compárese con la opinión del Magistrado Scrutton en The "Jupiter" N° 1 (1924) (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, 1924, pág. 236), y la de Lord Radcliffe en el caso Golá bars (1952) (op. cit. (véase más arriba, nota 49), págs. 176 y 177).

97/ Véase, por ejemplo, el artículo 13 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados:

> "No se aplicará el párrafo 1 del artículo 1 cuando un Estado Contratante alegue, en un proceso pendiente ante un tribunal de otro Estado en el que no sea parte, que tiene un derecho o interés respecto de los bienes que son objeto del proceso, y las circunstancias sean tales que habría tenido derecho a la inmunidad si el proceso se hubiera dirigido contra él."

Véase también Dollfus Mieg et Cie. S.A. v. Bank of England (1950) (véase más arriba, nota 49).

Párrafo 3

8) Este párrafo se añadió en segunda lectura para indicar otro tipo de comparecencia de un Estado, o de sus representantes en calidad de tales, en un proceso ante un tribunal de otro Estado que no constituye prueba de consentimiento por el Estado compareciente en el ejercicio de jurisdicción por el tribunal 98/. Esta excepción a la regla de no inmunidad en caso de participación de un Estado en un proceso extranjero se reduce, sin embargo, a los casos de comparecencia del Estado o sus representantes como testigos, por ejemplo, para afirmar que una determinada persona es nacional del Estado; dicha excepción no se refiere a todas las comparecencias del Estado o sus representantes en un proceso extranjero en cumplimiento del deber de protección de los nacionales de dicho Estado 99/.

Párrafo 4

9) De lo anterior se deduce, a la inversa, que la incomparecencia de un Estado en un procedimiento no puede interpretarse como sumisión pasiva a la jurisdicción. El término "incomparecencia" utilizado en el presente artículo se refiere a la incomparecencia, sea intencionada o no, en su aspecto procesal, y no afecta a las normas sustantivas relativas a la comparecencia o incomparecencia de un Estado ante tribunales extranjeros 100/. Por otra parte, la alegación por un Estado de un interés en un bien litigioso no es

---

98/ Véase más arriba, nota 95.

99/ Sin embargo, esta disposición no afecta a los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce a los miembros de una misión diplomática o una oficina consular de un Estado en relación con la comparecencia en un proceso judicial o administrativo en otro Estado. Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (párrafo 2 del artículo 31) y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1964 (párrafo 1 del artículo 44).

100/ De ese modo, en el asunto Dame Lizarda dos Santos v. Republic of Iraq (Tribunal Supremo, sin fecha) (extractos en francés en Journal du droit international, 1988, vol. 115, pág. 472), el recurso de una nacional brasileña empleada como cocinera en la Embajada del Iraq contra la decisión de un tribunal de abstenerse de aplicar de oficio la inmunidad, alegando que el Iraq había renunciado implícitamente a su inmunidad, fue rechazado por el Tribunal que falló que no podía reconocer una renuncia tácita basada exclusivamente en la negativa del Estado a contestar a la demanda.

incompatible con su invocación de la inmunidad jurisdiccional 101/. No puede obligarse a un Estado a que comparezca ante un tribunal de otro Estado para defender un interés en un bien contra el que se ha ejercitado una acción real si ese Estado no conviene en someterse a la jurisdicción del tribunal ante el que se sustancie el procedimiento.

Artículo 9

Reconvenciones

1. Ningún Estado que incoe un proceso ante un tribunal de otro Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a una reconvención basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.

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

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

Comentario

1) El artículo 9 es una consecuencia lógica de los artículos 7 y 8. Mientras que el artículo 7 trata del efecto del consentimiento manifestado expresamente por un Estado para el ejercicio de la jurisdicción por el tribunal de otro Estado, el artículo 8 define la medida en que el consentimiento puede deducirse del comportamiento de un Estado por el hecho de participar en un procedimiento sustanciado ante un tribunal de otro Estado. El artículo 9 tiene por objeto completar la trilogía de disposiciones sobre el

---

101/ Por ejemplo, en The "Jupiter" N° 1 (1924) (véase más arriba, nota 96), el Magistrado Hill consideró que debía desestimarse un mandamiento in rem contra un buque que se encontraba en posesión del Gobierno soviético, por cuanto la acción contra el buque obligaba a todas las personas que alegaran un interés en él a hacer valer su pretensión ante el tribunal y por cuanto la URSS reivindicaba la propiedad del buque y no se sometía a la jurisdicción. Véase, por el contrario, The "Jupiter" N° 2 (1925), en que el mismo buque estaba entonces en manos de una compañía italiana y el Gobierno soviético no alegó ningún interés en él (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, 1925, pág. 69).

alcance del consentimiento, para lo cual trata de los efectos de las reconvenciones presentadas contra un Estado y de las reconvenciones presentadas por un Estado.

2) Un Estado puede incoar un proceso ante el tribunal de otro Estado, según lo previsto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 8, y, en virtud de ese hecho, consentir en el ejercicio de la jurisdicción por ese tribunal en ese proceso o someterse al ejercicio de esa jurisdicción, incluidos los trámites que precedan al juicio, el juicio y las decisiones, así como las apelaciones. Ese consentimiento dado al ejercicio de la jurisdicción no es un consentimiento a la ejecución, que constituye una cuestión separada que se examinará en la parte IV en relación con la inmunidad de los bienes de los Estados en materia de embargo y ejecución. Cabe preguntar hasta qué punto la iniciativa adoptada por un Estado al promover ese proceso puede llevar consigo su sumisión o sujeción a la jurisdicción de ese tribunal en lo que respecta a las reconvenciones formuladas contra el Estado demandante. Y, a la inversa, un Estado contra el cual se haya incoado un proceso ante el tribunal de otro Estado puede optar por presentar una reconvención contra la parte actora en el proceso. En ambos casos, un Estado queda hasta cierto punto sujeto a la jurisdicción competente del foro, puesto que en uno y en otro hay claras indicaciones, en virtud del comportamiento o de la manifestación de voluntad, del consentimiento en someterse a la jurisdicción de ese tribunal.

La consecuencia de la expresión del consentimiento en virtud del comportamiento, como ocurre en el caso de incoar un proceso, o en el caso de intervenir en un proceso para presentar una demanda, o también en el caso de formular una reconvención en un proceso incoado contra él, puede variar ciertamente según la eficacia de su consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción por la autoridad judicial competente de que se trate. En cada uno de los tres casos, se plantea la importante cuestión de la medida y alcance de los efectos del consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción en el caso de una reconvención de esa índole presentada contra un Estado o formulada por él.

a) Reconvenciones contra un Estado

3) La noción de "reconvención" presupone la existencia anterior de un proceso o el previo ejercicio de una acción para promoverlo. Una reconvención es una pretensión que formula el demandante al contestar u oponerse a la

demanda inicial o principal. Por esta razón, parece haber dos posibles situaciones en las que puede formularse una reconvención contra un Estado. La primera posibilidad se presenta cuando un Estado ha ejercido él mismo una acción ante un tribunal de otro Estado, como en el caso del apartado a) del párrafo 1 del artículo 8 y del párrafo 1 del artículo 9. El segundo caso se produce cuando un Estado no ha promovido él mismo un proceso, pero ha intervenido en él para ejercitar una acción. Con respecto al objeto de la intervención, hay que hacer una importante reserva. Según el apartado b) del párrafo 1 del artículo 8, puede ser que un Estado intervenga en un proceso o realice cualquier otro acto en relación con el fondo, en cuyo caso, en virtud de esa intervención, se somete a la jurisdicción del tribunal en ese proceso. El párrafo 2 del artículo 9 trata de los casos en que un Estado interviene para presentar una demanda; de ahí nace la posibilidad de que se formule una reconvención contra el Estado con respecto a la demanda que es objeto de su intervención. No habrá tal posibilidad de reconvención contra un Estado que intervenga pero que no haya interpuesto además una demanda relacionada con el proceso. Por ejemplo, un Estado puede intervenir en calidad de amicus curiae, o en interés de la justicia, o para hacer una sugerencia, o para ofrecer un testimonio sobre una cuestión de derecho o de hecho sin consentir por su parte en el ejercicio de la jurisdicción contra él en todo el proceso. Esas intervenciones no caerían dentro del ámbito del párrafo 2 del artículo 9. Por ejemplo, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 8, un Estado podría intervenir para invocar la inmunidad o, según el apartado b) del párrafo 2 de ese mismo artículo, para hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en ese proceso. En el caso del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8, en la medida en que pueda considerarse que el Estado que interviene ha presentado una demanda relacionada con el proceso, podría entenderse también que ha consentido en que se formule una reconvención contra él respecto de la demanda que él ha interpuesto, y ello sin perjuicio, además, de estar sujeto a la obligación de responder a una investigación judicial o de aportar un comienzo de prueba para hacer valer su título o pretensión respecto de derechos o intereses sobre bienes en el caso previsto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 8. Incluso para invocar la inmunidad conforme a lo previsto en el apartado a) del párrafo 2 de ese artículo, un Estado puede también verse obligado a presentar la prueba o el fundamento jurídico de la inmunidad que invoca. Sin embargo, una vez acreditado el derecho a la

inmunidad invocada con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 8 o comprobado el derecho o el título que se hace valer según lo previsto en el apartado b) del párrafo 2, cesa el consentimiento en el ejercicio de la jurisdicción. Así pues, el tribunal debe abstenerse en tal caso de todo ulterior ejercicio de la jurisdicción con respecto al Estado cuya inmunidad se ha admitido o respecto de los bienes en relación con los cuales se compruebe que el Estado posee un título, puesto que, normalmente, el Estado y los bienes estarían exentos de la jurisdicción del tribunal. No obstante, el tribunal podría seguir ejerciendo su jurisdicción si fuese aplicable al proceso una de las excepciones previstas en la parte III o si, de otro modo, el Estado hubiese consentido en el ejercicio de la jurisdicción o renunciado a su inmunidad.

Párrafo 1

4) Como se ha visto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 8, se entiende que el Estado que ha incoado un proceso ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción del tribunal para todas las fases del proceso, incluidos el juicio y la sentencia en primera instancia, la apelación y la decisión definitiva, así como la determinación de las costas cuando sea facultad discrecional de la autoridad juzgadora, pero excluida la ejecución de la sentencia. El párrafo 1 del artículo 9 trata la cuestión de la medida en que puede considerarse que un Estado que ha incoado un proceso ante el tribunal de otro Estado ha consentido en la jurisdicción del tribunal respecto de las reconvenciones que se presenten contra él. Evidentemente, el solo hecho de que un Estado haya incoado un proceso no implica su consentimiento para todas las demás acciones civiles dirigidas contra él que puedan ser de la competencia o quedar sujetas a la jurisdicción del mismo tribunal o de otro tribunal del Estado del foro. El alcance del consentimiento en tal caso no es ilimitado, y el objeto del párrafo 1 del artículo 9 es formular un límite más preciso y más equilibrado del alcance de las reconvenciones que pueden dirigirse contra el Estado demandante. El Estado que incoa un proceso ante un tribunal de otro Estado no queda expuesto a todo tipo de reconvenciones ante ese tribunal, ni a contrademandas de partes que no sean los demandados. Por el hecho de promover el proceso, el Estado demandante no ha dado su consentimiento para acciones reconvencionales separadas o independientes. No hay una sumisión general a todos los demás procesos o todas las acciones

que en todo tiempo se dirijan contra el Estado. El Estado que incoa un proceso puede quedar sujeto a la jurisdicción del tribunal con respecto a las reconvenciones basadas en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal 102/, o en el mismo negocio jurídico o hecho que constituya el objeto de la demanda principal 103/. En algunas jurisdicciones, el efecto de una reconvención contra un Estado demandante está también limitado por lo que se refiere a la cuantía, que no puede exceder de la que corresponde a la demanda principal, o, en caso de que exceda de la demanda principal, la reconvención contra el Estado sólo puede surtir el efecto de

---

102/ Por ejemplo, el apartado 6) del artículo 2 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre Inmunidades de los Estados (The Public General Acts, 1978, parte 1, cap. 33, pág. 715; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 41 y ss.) establece lo siguiente:

> "La sumisión con respecto a un procedimiento comprende las apelaciones pero no las reconvenciones, a menos que éstas se basen en la misma relación jurídica o los mismos hechos que la demanda."

Véase asimismo Strousberg v. Republic of Costa Rica (1881), Law Times Reports (Londres), vol. 44, pág. 199, asunto en el cual se permitió que el demandado hiciera valer cualquier pretensión que le asistiera por medio de una contrademanda o reconvención contra la acción inicial a fin de que pudiera hacerse justicia. Pero esas reconvenciones o contrademandas sólo pueden interponerse respecto de los mismos negocios jurídicos y sólo surten efecto de compensación judicial.

103/ Por ejemplo, la Ley de los Estados Unidos sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976 (United States Code, edición de 1976, vol. 8, título 28, cap. 97; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 55 y ss.) establece en la sección 1607 ("Reconvenciones"), párrafo b) que no se concederá inmunidad respecto a una reconvención: "basada en el negocio jurídico o hecho que constituya el objeto de la demanda del Estado extranjero". Así, en el asunto Kuntsammlungen Zu Weimar and Grand Duchess of Saxony-Weimar v. Federal Republic of Germany and Elicofon (U.S. Court of Appeals, 2nd Cir., 5 de mayo de 1982, International Legal Materials, vol. XXI, pág. 773) se pidió al tribunal que fallara sobre la propiedad de dos inestimables retratos de Alberto Durero basándose en las pretensiones contradictorias de Alemania oriental, Alemania occidental, la Gran Duquesa de Sajonia-Weimar y un ciudadano estadounidense que había adquirido los dibujos de buena fe sin saber que se trataba de Dureros; el tribunal falló que la contrademanda de la Gran Duquesa relativa al pago de una renta en virtud de un acuerdo de 1921 no estaba comprendida en la excepción de inmunidad por reconvenciones basadas en el mismo negocio jurídico o el mismo hecho que la demanda del Estado extranjero.

compensación judicial 104/. En la terminología jurídica norteamericana, esto se conoce con la expresión de "recoupment against the sovereign claimant" (excepción de compensación opuesta a la autoridad soberana demandante), que normalmente no puede ir más allá "del punto a partir del cual constituiría una pretensión de reparación positiva" 105/. En las jurisdicciones de common law sólo se admiten, al parecer, las reconvenciones contra Estados extranjeros como medio de defensa 106/. En cambio, en algunos ordenamientos jurídicos basados en el derecho romano, se han admitido reconvenciones independientes como medios de ataque y se tiene noticia de algunos casos en que se ha concedido reparación positiva 107/.

5) Cuando las normas del Estado del foro lo permiten, el párrafo 1 del artículo 9 es también aplicable en el caso en que se formula una reconvención contra el Estado y el Estado no puede invocar, con arreglo a las disposiciones de los presentes artículos, y en particular de la parte III, la inmunidad de jurisdicción respecto de esa reconvención, si se ha interpuesto una acción

---

104/ La sección 1607, párrafo c) de la Ley de los Estados Unidos sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976 dispone lo siguiente: "en la medida en que la pretensión objeto de la reconvención no sea de cuantía superior o de índole diferente a la invocada por el Estado extranjero". Véase también Strousberg v. Republic of Costa Rica (1881) (véase más arriba, nota 102) y Union of Soviet Socialist Republics v. Belaiew, (1925), The All England Law Reports 1925 (reprint), pág. 369.

105/ Véase, por ejemplo, South African Republic v. La Compagnie franco-belge du chemin de fer du Nord (1897) (Reino Unido, The Law Reports, Chancery Division, 1898, pág. 190) y casos citados más arriba en las notas 102 y 104.

106/ Como ejemplos que sugieren la posibilidad de obtener una reparación positiva en circunstancias justificadas, véase Republic of Haiti v. Plesch et al. (1947), (New York Supplement, 2a. serie, vol. 73 (1947), pág. 645); United States of Mexico v. Rask (1931), (Pacific Reporter, 2a. serie, vol. 4 (1931), pág. 981); The International and Comparative Law Quarterly (Londres), vol. 2 (1953), pág. 480; The Law Quarterly Review (Londres), vol. 71, N° 283 (julio de 1955), pág. 305; The Modern Law Review, (Londres), vol. 18 (1955), pág. 417; Minnesota Law Review (Minneapolis, Minn.), vol. 40 (1956), pág. 124. Véase, sin embargo, Alberti v. Empresa Nicaragüense de la Carne (705 F. 2nd, pág. 250, U.S. Court of Appeals, 7th Cir., 18 de abril de 1983).

107/ Véase, por ejemplo, Etat du Pérou v. Kreglinger (1857) (Pasicrisie belge, 1857, (Bruselas), parte 2, pág. 348); Letort v. Gouvernement Ottoman (1914) (Revue juridique internationale de la locomotion aérienne (París), vol. V (1914), pág. 142).

separada contra el Estado en esos tribunales 108/. Así pues, no pueden admitirse reconvenciones independientes contra el Estado demandante basadas en negocios jurídicos o hechos diferentes que no formen parte de la materia objeto de la demanda o que resulten de una relación jurídica distinta o de hechos independientes respecto de la demanda principal, a menos que estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las excepciones admisibles que se estudiarán en la parte III. En otras palabras, las reconvenciones o acciones contrarias independientes sólo pueden ejercerse contra el Estado demandante cuando sea posible promover un proceso separado contra ese Estado al amparo de otras disposiciones de los presentes artículos, independientemente de que el Estado haya incoado o no un proceso, como en el caso del párrafo 1, o de que haya intervenido para presentar una demanda, como en el caso del párrafo 2 del artículo 9.

Párrafo 2

6) El párrafo 2 del artículo 9 trata de los casos en que un Estado interviene en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado no como amicus curiae, sino como parte interesada para presentar una demanda. Sólo en este sentido cabe concebir que se formule una reconvención contra un Estado que ha intervenido como demandante y no como simple testigo, o sencillamente para hacer una declaración, como en el caso del apartado b) del párrafo 1 del artículo 8, sin presentar una demanda. Una vez que un Estado ha intervenido en un proceso para formular o presentar una demanda, está sujeto a cualquier reconvención que se formule contra él y que se base en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que los de la demanda presentada por el Estado. Otras partes del comentario aplicables al párrafo 1 que conciernen a los límites de las reconvenciones admisibles contra un Estado demandante son igualmente aplicables a las reconvenciones dirigidas contra un Estado que interviene para presentar una demanda, según lo previsto en el párrafo 2.

108/ Véase, por ejemplo, la Ley estadounidense sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976 (véase más arriba, nota 103), sección 1607, párrafo a) relativa a las reconvenciones "por las que un Estado extranjero no tiene derecho a la inmunidad con arreglo a la sección 1605 de este capítulo si la demanda se ha presentado en una acción independiente contra el Estado extranjero". Compárese el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 y el Protocolo adicional (véase más arriba, nota 41).

Esas consideraciones se aplican en particular a la identidad que ha de existir entre la relación jurídica y los hechos objeto de la demanda presentada por el Estado que interviene en el proceso y la relación jurídica y los hechos en que se basa la reconvención y posiblemente se aplican también a la cuantía de la reconvención, así como a la importancia o a la inexistencia de una reparación positiva admisible, en su caso, o de una acción de naturaleza diferente o no comprendida en los límites de la demanda presentada por el Estado que haya intervenido en el proceso.

b) Reconvenciones presentadas por un Estado

Párrafo 3

7) Cuando el Estado mismo formula una reconvención en un proceso incoado contra él ante un tribunal de otro Estado, realiza un acto en relación con el fondo en el sentido de lo previsto en el párrafo 1 del artículo 8. En tal caso, se entiende que el Estado ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por ese tribunal no sólo con respecto a la reconvención presentada por él mismo, sino también con respecto a la demanda principal dirigida contra él.

8) Al interponer él mismo una reconvención ante una autoridad judicial de otro Estado, el Estado consiente, en virtud de su comportamiento, en el ejercicio de la jurisdicción por ese foro. Ahora bien, el efecto, la amplitud y el alcance de las reconvenciones presentadas por un Estado con arreglo al párrafo 3 del artículo 9 pueden ser más vastos que las reconvenciones dirigidas contra el Estado demandado en virtud de lo previsto en el párrafo 1 o contra el Estado que interviene para presentar una demanda conforme al párrafo 2 del artículo 9. En primer lugar, las reconvenciones presentadas por un Estado extranjero demandado, aunque generalmente en virtud del derecho interno están circunscritas a asuntos basados en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal, no están limitados con respecto a la extensión o la importancia de la reparación pedida, como tampoco con respecto a la naturaleza de la satisfacción solicitada. Es más, si se fundan en una relación jurídica diferente o en otra serie de hechos distintos de la demanda principal, o si se trata de acciones reconvencionales realmente nuevas, separadas o independientes, cabe todavía que sean admisibles en calidad de pretensiones independientes y más todavía como procesos independientes y totalmente desligados de la demanda principal o inicial

dirigida contra el Estado. Es evidente que el Estado demandado tiene esta posibilidad de optar entre formular una reconvención contra el demandante o bien incoar un proceso nuevo e independiente. Cualquiera que sea la fórmula que se adopte, se considera que el Estado que formula una reconvención conforme a lo previsto en el párrafo 3 del artículo 9 o que promueve un proceso independiente en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 8 da su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por ese tribunal. Con arreglo al artículo 8, como se ha visto, el Estado demandante da su consentimiento al proceso en todas sus fases ante todos los tribunales hasta llegar a la sentencia, pero sin incluir la ejecución de ésta. Análogamente, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 se considera que el Estado ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción con respecto a sus reconvenciones y a la demanda principal ejercitada contra él 109/.

Parte III

PROCESOS EN QUE LA INMUNIDAD DEL ESTADO NO PUEDE SER INVOCADA

1) El título de la parte III aprobado provisionalmente en primera lectura comprendía dos variantes entre corchetes, es decir, "[Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado", que recogían, en el primer caso, la posición de los Estados partidarios del término "limitaciones" por entender que el derecho internacional actual no reconocía la inmunidad jurisdiccional de los Estados en las esferas a que se refería la parte III y, en el segundo, la posición de los partidarios del término "excepciones" por entender que ese término expresaba correctamente la idea de que la inmunidad jurisdiccional del Estado era la regla en derecho internacional y que las excepciones a esa regla estaban sujetas al consentimiento expreso del Estado. La Comisión aprobó la presente formulación en segunda lectura para conciliar ambas posiciones.

109/ Véase, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 1 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 (véase más arriba, nota 41), que dispone:

> "El Estado contratante que formule reconvención en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado contratante se somete a la jurisdicción de los tribunales de ese Estado en relación no sólo con la reconvención sino también con la demanda principal."

2) Lo que se ha de tener presente a lo largo del estudio del tema es que la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado funciona simultáneamente en ambos sentidos. Esto quiere decir que cada Estado es receptor o beneficiario potencial de la inmunidad del Estado y está obligado a hacer efectiva la inmunidad jurisdiccional de que goza otro Estado.

3) Con el deseo de especificar las esferas de actividades a las que se aplica la inmunidad del Estado, se han hecho varias distinciones entre actos o actividades a los que es aplicable la inmunidad del Estado y aquellos otros a los que no lo es. Esas distinciones, que se han examinado con más detalle en un documento ya presentado a la Comisión 110/, se han hecho atendiendo a los siguientes factores: doble personalidad del Estado 111/, doble capacidad del Estado 112/, acta jure imperii y acta jure gestionis 113/, que se refieren también a la naturaleza pública y privada de los actos del Estado 114/, y actividades mercantiles y no mercantiles 115/. Ahora bien: la Comisión decidió actuar de manera pragmática, teniendo en cuenta la situación de que se tratase y la práctica de los Estados.

Artículo 10

Transacciones mercantiles

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

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

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

110/ Véase Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), pág. 245, documento A/CN.4/357, párrs. 35 a 45.

111/ Ibid., párr. 36.

112/ Ibid., párr. 37.

113/ Ibid., párrs. 38 y 39.

114/ Ibid., párrs. 40 a 42.

115/ Ibid., párrs. 43 a 45.

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

3. La inmunidad de jurisdicción de que goce un Estado no resultará afectada en ningún proceso relativo a una transacción mercantil realizada por una empresa estatal u otra entidad creada por el Estado que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad:

a) para demandar o ser demandada; y

b) para adquirir por cualquier título la propiedad o la posesión de bienes, y para disponer de ellos, incluidos bienes que el Estado le haya autorizado a explotar o administrar.

Comentario

a) Observaciones generales acerca del proyecto de artículo

1) El artículo 10 aprobado por la Comisión en segunda lectura se titula ahora "Transacciones mercantiles", habiéndose sustituido la palabra "contratos mercantiles" inicialmente adoptada en primera lectura, en coherencia con la modificación introducida en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2 (Términos empleados). Constituye el primer artículo sustantivo de la parte III, relativa a los procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada.

Párrafo 1

2) El párrafo 1 representa una fórmula de transacción. Es resultado de los continuos esfuerzos realizados por armonizar los puntos de vista divergentes de quienes están dispuestos a admitir una excepción a la regla general de la inmunidad del Estado en la esfera de las actividades comerciales o mercantiles, basada en la teoría del consentimiento implícito o en otros argumentos, y quienes adoptan la posición de que no se puede invocar la inmunidad del Estado para rechazar la jurisdicción de los tribunales nacionales cuando un Estado extranjero se dedica a actividades mercantiles o comerciales. Por razones de coherencia y claridad, se han sustituido las palabras "se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza", que figuraban en el texto original del párrafo 1 aprobado provisionalmente en primera lectura, por "el Estado no podrá invocar la inmunidad", como consecuencia de la segunda lectura del artículo por la Comisión. Esta modificación, introducida también en los artículos 11 a 14, no indica, sin embargo, un alejamiento teórico de las diversas posiciones descritas más

arriba. La Comisión sostuvo un amplio debate sobre esta esfera concreta de las actividades de los Estados 116/, y aprobó una fórmula con la que trata de tener en cuenta los intereses y opiniones de todos los países con sistemas y prácticas diferentes.

3) La aplicación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados presupone la existencia de la jurisdicción o competencia de un tribunal de conformidad con la normativa aplicable de derecho interno del Estado del foro, que puede estar constituida por las leyes, normas o reglamentos que rigen la organización de los tribunales o los límites de la jurisdicción de los tribunales y puede comprender asimismo las normas aplicables de derecho internacional privado.

4) Una base común de los diversos enfoques dados al estudio de las inmunidades de los Estados es la existencia previa de una jurisdicción en los tribunales del Estado extranjero antes de que se plantee la posibilidad de ejercerla, y que esa jurisdicción no puede existir y su ejercicio no se puede autorizar más que de conformidad con el derecho interno del Estado del foro, incluidas las normas de jurisdicción aplicables, especialmente cuando en la controversia o litigio que se ha de dirimir o resolver judicialmente interviene un elemento extranjero. La expresión "normas aplicables de derecho internacional privado" es una expresión neutra, elegida para remitir la solución de las cuestiones jurisdiccionales a las reglas aplicables a los conflictos de leyes o al derecho internacional privado, sea posible o no aplicar normas de jurisdicción uniformes. Cada Estado es eminentemente soberano en cuestiones de jurisdicción, incluidas la organización y la determinación de la competencia de sus tribunales judiciales u otros tribunales.

5) La norma enunciada en el párrafo 1 del artículo 10 se refiere a las transacciones mercantiles que celebre un Estado con una persona física o jurídica extranjera en el caso de que haya un tribunal de otro Estado que esté

116/ Véase Anuario... 1982, vol. I, págs. 192 a 209, 1728a. sesión, párrs. 7 a 45, y sesiones 1729a. y 1730a. El debate está resumido en Anuario... 1982, vol. II (Segunda parte), págs. 106 y 107, párrs. 194 a 197. Véanse asimismo los comentarios y observaciones de los gobiernos, contenidos en el documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5, y el debate celebrado por la Comisión en su 41° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), párrs. 489 a 498.

en condiciones de ejercer su jurisdicción en virtud de sus propias normas aplicables de derecho internacional privado. El Estado que realiza una transacción mercantil con una persona física o jurídica que no sea nacional de dicho Estado no puede invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de la autoridad judicial de otro Estado, siempre que esa autoridad judicial sea competente en virtud de sus normas aplicables de derecho internacional privado. Un tribunal de otro Estado puede ejercer su jurisdicción por diversos motivos, atendiendo, por ejemplo, al lugar de celebración del contrato, o el lugar de ejecución de las obligaciones objeto del contrato, o la nacionalidad o el domicilio mercantil de una o varias de las partes contratantes. En general, un vínculo territorial importante constituye un motivo sólido para el ejercicio de la jurisdicción, pero pueden existir otros motivos válidos para asumir y ejercer la jurisdicción en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado.

Párrafo 2

6) Aunque el texto del párrafo 1, que se refiere a una transacción mercantil entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera, indica que las transacciones entre Estados quedan fuera del ámbito del presente artículo, esta interpretación se aclara en el párrafo 2, sobre todo porque la expresión "persona física o jurídica extranjera" podría interpretarse extensivamente como si incluyera tanto las personas privadas como las públicas 117/.

117/ Véase, por ejemplo, el asunto República de Siria v. República Arabe de Egipto (Tribunal Supremo, sin fecha) (pasajes reproducidos en francés en Journal du droit international, 1988, vol. 115, pág. 472) concerniente al litigio suscitado en relación con la propiedad de un edificio adquirido por Siria en el Brasil, utilizado posteriormente por Egipto y conservado por este país después de la ruptura de la unión entre ambos Estados. En la decisión del Tribunal, aprobada por mayoría, prevaleció por un voto de diferencia la posición favorable a la inmunidad de jurisdicción. El abogado del Estado sostuvo que un debate sobre las cuestiones de fondo sólo sería pertinente si la República Arabe de Egipto aceptaba la jurisdicción brasileña. Dijo que su derecho a rechazarla era evidente, y lo hubiera sido incluso según la doctrina de la inmunidad restringida, aunque confusa y poco convincente, basada en la distinción entre actos jure imperii y actos jure gestionis. Ello era así porque el asunto no tenía nada que ver con una transacción mercantil privada, sino que se refería a unos locales diplomáticos en el contexto de una sucesión de Estados, cuestión que pertenecía exclusiva y primordialmente a la esfera del derecho internacional público.

7) Los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo tienen por objeto, precisamente, proporcionar la protección y las salvaguardias necesarias, en interés de todos los Estados. Es bien sabido que los países en desarrollo celebran con frecuencia contratos mercantiles con otros Estados, y que los Estados socialistas también se dedican al comercio interestatal directo, entre ellos mismos y con otros Estados, y no sólo con países en desarrollo, sino también con países muy industrializados. En el apartado a) del párrafo 2 se excluyen de la aplicación de la norma enunciada en el párrafo 1 estos contratos concertados entre Estados. Así pues, la inmunidad de los Estados sigue siendo en estos supuestos la norma aplicable. Este tipo de contratos abarca también diversas transacciones triangulares cuyo objeto es una administración mejor y más eficaz de los programas de ayuda alimentaria. En los casos en que el suministro de alimentos se destine a aliviar el hambre o a revitalizar una aldea en situación difícil o una zona vulnerable, la adquisición de alimentos puede estar financiada por otro Estado o grupo de Estados, ya sea directamente o por conducto de una organización internacional o un organismo especializado de las Naciones Unidas, y realizarse por medio de la compra a un país en desarrollo exportador de alimentos, de Estado a Estado, a raíz de una negociación triangular o multilateral. Las transacciones de este tipo no sólo ayudan a una población necesitada, sino que, además, pueden promover las exportaciones de los países en desarrollo, en vez de fomentar el dumping o la competencia desleal en el comercio internacional. Hay que entender que la expresión "transacción mercantil entre Estados" significa una transacción en la que participan cualesquiera organismos e instituciones del Estado, incluidos los de varios órganos de gobierno de acuerdo con la definición del apartado b) del párrafo 1 del artículo 2.

8) En virtud de lo dispuesto en el apartado b), se deja al Estado, en su calidad de parte en la transacción mercantil, plena libertad para ofrecer una solución diferente o un método diferente de dirimir los litigios relativos a la transacción. Un Estado puede acordar expresamente en la propia transacción mercantil, o por medio de negociaciones ulteriores, someterse a arbitraje o a otros métodos de arreglo amigable como, por ejemplo, la conciliación, los buenos oficios o la mediación. Todo acuerdo expreso de este tipo normalmente se hará constar por escrito.

Párrafo 3

9) En el párrafo 3 se establece una distinción jurídica entre el Estado y algunas de sus entidades en lo referente a la inmunidad de jurisdicción del Estado ante una autoridad extranjera. En el sistema económico de algunos Estados, las transacciones mercantiles definidas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2 son ejecutadas normalmente por empresas estatales u otras entidades creadas por el Estado, dotadas de personalidad jurídica propia. La manera como un Estado crea empresas estatales u otras entidades es diferente según el ordenamiento jurídico del Estado. En ciertos ordenamientos jurídicos, tales entes son creados por ley o por decreto del gobierno. En otros, puede considerarse que han sido creados cuando el Estado adquiere una participación mayoritaria en el capital u otros intereses en la propiedad. Por regla general, realizan las transacciones comerciales en nombre propio, como entidades independientes del Estado que las ha creado, y no en nombre de ese Estado. Así, en caso de litigio nacido de una transacción mercantil ejecutada por una entidad del Estado, ésta puede ser demandada ante el tribunal de otro Estado y puede ser tenida por responsable de las consecuencias que resulten de la pretensión de la otra parte. En este supuesto, la inmunidad misma del Estado que la creó no resulta afectada, puesto que no es parte en la transacción.

10) La aplicación de la disposición del párrafo 3 está sujeta a ciertas condiciones. En primer lugar, el proceso debe versar sobre una transacción mercantil ejecutada por una empresa estatal u otra entidad. En segundo lugar, la empresa estatal u otra entidad debe tener personalidad jurídica propia. Esa personalidad jurídica independiente debe comprender la capacidad a) para demandar o ser demandada; y b) para adquirir por cualquier título la propiedad o la posesión de bienes, y para disponer de ellos, incluidos bienes que el Estado le haya autorizado a explotar o administrar. En algunos Estados socialistas, los bienes de Estado que el Estado faculta a sus empresas u otras entidades para explotar o administrar se denominan "bienes de Estado separados". Esta terminología no se emplea en el párrafo 3 porque no es aplicable universalmente en otros Estados. Los requisitos de los apartados a) y b) son acumulativos, es decir, que esas empresas estatales y otras entidades, además de tener capacidad para demandar o ser demandadas, deben cumplir también ciertos requisitos financieros establecidos en el

apartado b). En particular, deben tener capacidad para adquirir por cualquier título la propiedad o la posesión de bienes, y para disponer de ellos, tanto los bienes que el Estado les haya autorizado a explotar o administrar como los bienes que hayan adquirido como consecuencia de sus actividades. Las palabras "y para disponer de ellos" del apartado b) son especialmente importantes al hacer posible que los bienes de esas entidades, incluidos los bienes que el Estado les haya autorizado a explotar o administrar, sean objeto de medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, para satisfacer la pretensión del demandante.

11) El texto del párrafo 3 es el resultado de un prolongado debate en la Comisión. La propuesta original (antiguo artículo 11 bis), que fue presentada por el Relator Especial atendiendo a las indicaciones de algunos miembros y gobiernos, era un artículo separado relativo específicamente a las empresas estatales con bienes separados. Con ocasión del debate de la Comisión sobre esa propuesta, sin embargo, algunos miembros expresaron la opinión de que dicha disposición era de aplicación limitada, puesto que el concepto de bienes separados era una característica propia de los Estados socialistas y no debía incluirse en el presente proyecto de artículos. A juicio de algunos otros miembros, en cambio, la cuestión de las empresas estatales que realizaban transacciones mercantiles como entidades independientes y jurídicamente separadas del Estado tenía una aplicación mucho más amplia y también mucho interés para los países en desarrollo e incluso muchos países desarrollados. Adujeron además que había que aclarar en el presente proyecto de artículos la distinción entre tales empresas y el Estado que las había creado para evitar la mala fe procesal en perjuicio del Estado. La Comisión, teniendo en cuenta estas opiniones, aprobó el presente texto que abarca, no sólo la empresa estatal con bienes separados, sino también cualquier otra empresa o entidad creada por el Estado para ejecutar transacciones mercantiles en nombre propio, dotada de personalidad jurídica propia y que reúne los requisitos especificados en los apartados a) y b). La Comisión acordó asimismo que la disposición se incluiría como parte del artículo 10 en vez de como artículo separado, puesto que el artículo 10 versa sobre las "transacciones mercantiles". No obstante, un miembro formuló graves reservas acerca del fondo del párrafo 3 que, a su juicio, había sido incluido para atender a las preocupaciones de un pequeño número de Estados y que podía frustrar el objeto del proyecto de artículos en su conjunto, que era velar por la garantía de las

transacciones comerciales y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Otros miembros insistieron en que las disposiciones de los apartados a) y b) no añadían nada al concepto de "personalidad jurídica propia" y, por lo tanto, eran superfluas.

12) Aunque el proyecto de artículos no contiene ninguna disposición especial al respecto, conviene tener en cuenta las cuestiones tributarias, en particular en relación con las disposiciones del artículo 10. Cabe señalar que el antiguo artículo 16 aprobado provisionalmente en primera lectura versaba sobre esta materia concreta 118/. Un miembro de la Comisión expresó enérgicamente sus reservas con respecto a ese artículo que violaba el principio de la igualdad soberana de los Estados al permitir que un Estado incoara un proceso contra otro Estado ante sus propios tribunales. Por eso se propuso que se suprimiera el artículo. La razón de esa propuesta era que, el artículo se refería sólo a las relaciones entre dos Estados, el Estado del foro y el Estado extranjero; versaba, pues, sobre un problema internacional bilateral regido por las normas vigentes del derecho internacional.
El presente proyecto de artículos, en cambio, trataba de las relaciones entre un Estado y personas naturales o jurídicas extranjeras, con la finalidad de proteger al Estado contra ciertas acciones dirigidas contra él por esas personas, o de autorizar a esas personas a protegerse frente al Estado.
Por eso se consideró que el artículo, al versar sobre relaciones interestatales exclusivamente, no tenía cabida en el proyecto de artículos. Algunos miembros, sin embargo, se opusieron a la supresión del artículo que estaba basado en una práctica legislativa abundante y había sido aprobado en primera lectura. Tras cierto debate, se acordó finalmente suprimir el antiguo artículo 16 en la inteligencia de que en el comentario al artículo 10 se aclararía que su supresión se entendía sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de cuestiones tributarias.

b) Las "transacciones mercantiles" en relación con la inmunidad del Estado

13) A fin de apreciar la magnitud y la complejidad de los problemas que supone el examen y la determinación de los límites precisos de las inmunidades jurisdiccionales en esta esfera concreta de las "transacciones

---

118/ Véase Anuario..., 1986, vol. II (Segunda parte), pág. 11.

mercantiles" 119/, conviene ofrecer en el presente documento, en forma condensada, una reseña cronológica de la práctica de los Estados sobre esta cuestión.

i) Análisis de la práctica judicial internacional y nacional

14) Esta breve reseña, de la cual se ha presentado a la Comisión una versión más detallada 120/, comienza con la mención de uno de los primeros casos, el asunto The "Charkieh" (1873) 121/, en el que fue reconocida y aplicada en la práctica de los Estados la excepción de las actividades comerciales (a los efectos que aquí nos interesan, "transacciones mercantiles"). En este caso el tribunal declaró lo siguiente:

> "No hay ningún principio de derecho internacional, ningún caso fallado, ni ninguna doctrina de juristas que yo conozca que haya ido hasta autorizar a un príncipe soberano a asumir el carácter de comerciante cuando lo haga en beneficio propio; y cuando contrae una obligación con un particular, a quitarse el disfraz, si se me permite la expresión, y aparecer como soberano, invocando en beneficio propio y en perjuicio del particular, por primera vez, todos los atributos de su carácter soberano." 122/

15) La incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación de la regla de la inmunidad del Estado en la práctica de los Estados explica en cierta medida el relativo silencio de las decisiones judiciales en el plano internacional.

119/ El artículo 10 se ha de leer conjuntamente con el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2, relativo a la definición de "transacción mercantil", y el párrafo 2 del artículo 2, relativo a la interpretación de dicha definición. También se deben tomar en cuenta los comentarios sobre estas disposiciones.

120/ Véase el cuarto informe del anterior Relator Especial presentado a la Comisión en su 34° período de sesiones, Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), párrs. 49 a 92; y el segundo informe del Relator Especial presentado a la Comisión en su 41° período de sesiones (A/CN.4/422 y Corr.1), párrs. 2 a 19.

121/ Reino Unido, The Law Reports, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Courts, vol. IV (1875), pág. 59.

122/ Ibid., págs. 99 y 100. Como se indica en el texto, este fue el primer caso en que se sostuvo que el carácter comercial del servicio o empleo de un buque público le privaba del derecho a la inmunidad del Estado.

Sin embargo, al no continuar el asunto en el plano internacional, un Estado afectado por una decisión adversa de un tribunal extranjero puede guardar silencio a riesgo de que se considere que han dado su aquiescencia al fallo o al trato recibido, aunque, como se verá en la parte IV del presente proyecto de artículos, los Estados no quedan expuestos automáticamente al embargo preventivo o ejecutivo o a otra medida de ejecucion forzosa de sus bienes cuando se haya dictado un fallo desfavorable para ellos.

16) Así puede ser que la práctica de los Estados como Italia 123/, Bélgica 124/

123/ Los tribunales italianos fueron los primeros, en 1882, en limitar la aplicación de la inmunidad del Estado a los casos en que el Estado extranjero había actuado en calidad de ente politico y no como corpo morale (véase Morellet v. Governo Danese (1882) (Giurisprudenza Italiana (Turín), vol. XXXV, parte 1 (1883), pág. 125); o en calidad de autoridad soberana o de poder político (potere politico), y no como persona civile (véase Guttieres v. Elmilik (1886) (Il Foro Italiano (Roma), vol. XI, parte 1 (1886), págs. 920 a 922). Véase también Hamspohn v. Bey di Tunisi (1887), ibid., vol XII, parte 1 (1887), págs. 485 y 486.

En la jurisdicción italiana, la inmunidad del Estado sólo se reconocía con respecto a los atti d'impero y no con respecto a los atti di gestione El carácter público del acto del Estado constituía el criterio con arreglo al cual se determinaba si debía reconocerse o no la inmunidad. No se reconocía la inmunidad para los actos privados o los actos de derecho privado. Véase Department of the Army of the United States of America v. Gori Savellini (Rivista di diritto internazionale (Milán), vol. XXXIX (1956), págs. 91 y 92 e International Law Reports, 1956 (Londres), vol. 23 (1960), pág. 201). Compárese con La Mercantile v. Regno di Grecia (1955) (Rivista di diritto internazionale (Milán), vol. XXXVIII (1955), pág. 376, e International Law Reports, 1955 (Londres), vol. 22 (1958), pág. 240). Más recientemente, en el asunto Banco de la Nación v. Credito Varesino (Corte di Cassazione, 19 de octubre de 1984) (Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1985, vol. 21, pág. 635), concerniente a las deudas derivadas de las transferencias dinerarias efectuadas por un banco italiano en favor de un banco peruano, el tribunal falló que, aun en el supuesto de que el banco fuera una entidad pública, no podía invocarse la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales italianos con respecto a un litigio nacido de actividades de naturaleza privada y no del ejercicio de la potestad soberana.

124/ La jurisprudencia belga quedó sentada desde 1857 con ocasión de una trilogía de asuntos relativos al monopolio del guano del Perú. Se trataba de los asuntos siguientes: a) Etat du Pérou v. Kreglinger (1857) (véase más arriba, nota 107); compárese con E. W. Allen, The Position of Foreign States before Belgian Courts, New York, MacMillan, 1929, pág 8; b) el asunto de los "Empréstitos peruanos" (1877) (Pasicrisie belge, 1877 (Bruselas), parte 2, pág. 307); y c) el asunto Peruvian Guano Company v. Dreyfus et consorts et le Gouvernement du Pérou (1980) (ibid., 1881, parte 2, pág. 313), en el que el demandado no era el Perú sino la compañía Hermanos Dreyfus. En estos tres asuntos se trazó una distinción entre las actividades públicas del Estado del

y Egipto 125/, de los que puede decirse que fueron a la cabeza en lo que se refiere a la inmunidad "restrictiva" al denegar la inmunidad respecto de las actividades comerciales, haya sido sobrepasada ahora por la práctica reciente de Estados que tradicionalmente se mostraron partidarios de una doctrina de la

---

Perú y sus actividades privadas, con respecto a las cuales el Tribunal de Apelación de Bruselas denegó la inmunidad. Así, lo mismo que los tribunales italianos, los tribunales belgas adoptaron también, desde 1888, la distinción entre los actos del Estado en su capacidad soberana (pública) y los actos realizados en su capacidad civil (privada): en el asunto Société pour la fabrication des cartouches v. Colonel Mutkuroff, Ministre de la guerre de la principauté de Bulgarie (1888) (ibid., 1889, parte 3, pág. 62), el Tribunal Civil de Bruselas sostuvo que, al celebrar un contrato para la compra de municiones, Bulgaria había actuado como persona privada y estaba sujeta a todas las consecuencias civiles del contrato. De modo análogo en el asunto Société anonyme de chemins de fer liégeois-luxembourgeois v. Etat néerlandais (Ministère du Waterstaat) (1903) (ibid., 1903, parte 1, pág. 294), se consideró que un contrato para ampliar una estación de ferrocarril en los Países Bajos estaba sujeto a la jurisdicción belga. Así, pues, la distinción entre acta jure imperii y acta jure gestionis ha sido aplicada sistemáticamente por los tribunales belgas desde 1907. Véase Feldman v. Etat de Bahia (1907) (ibid., 1908, parte 2, pág. 55).

125/ La actual jurisprudencia egipcia de la posguerra ha confirmado la jurisprudencia de los tribunales mixtos de Egipto, que suscribieron constantemente la práctica italo-belga de una inmunidad limitada. En Egipto, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros constituyen una cuestión de "orden público". Véase el Tribunal de Primera Instancia de El Cairo, decisión 1173 de 1963 (a que se hace referencia en Naciones Unidas Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 569). La inmunidad sólo se reconoce para los actos de la autoridad soberana y no se aplica a las "actividades ordinarias" (ibid.).

inmunidad del Estado más amplia, como Alemania 126/, los Estados Unidos de América 127/ y el Reino Unido 128/.

126/ La jurisprudencia de los tribunales alemanes comenzó, ya en 1885, por adoptar una concepción restrictiva de la inmunidad basada en la distinción entre las actividades públicas y las privadas, al estimar que la inmunidad del Estado "era objeto por lo menos de ciertas excepciones"; véase Heizer v. Kaiser Franz-Joseph-Bahn A.G. (1885) (Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern (Munich), vol. I (1885), págs. 15 y 16; citado en Harvard Law School, Research in International Law, parte III, "Competence of Courts in regard to Foreign States" (citado en adelante como "el proyecto de Harvard") (Cambridge, Mass., 1932), publicado como suplemento del American Journal of International Law (Wáshington, D.C.), vol. 26 (1932), págs. 533 y 534). En el caso de la República de Letonia (1953) (Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (Munich), vol. 4 (1953), pág. 368; International Law Reports, 1953 (Londres), vol. 20 (1957), págs. 180 y 181), la Cámara de Restitución del Kammergericht de Berlín Occidental denegó la inmunidad fundándose en que "el principio no se aplica cuando el Estado extranjero realiza operaciones comerciales...", es decir cuando no actúa en su capacidad soberana sino exclusivamente en el ámbito del derecho privado, "realizando operaciones puramente privadas y más especialmente relaciones comerciales". Esta tendencia restrictiva ha sido seguida por el Tribunal Constitucional Federal en asuntos posteriores, véase, por ejemplo, X v. Empire of... (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht) (Tübingen), vol. 16 (1964), pág. 27; traducción inglesa en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 282 y ss., donde el contrato para la reparación del sistema de calefacción de la Embajada del Irán fue considerado como una actividad "no soberana" y, por consiguiente, sin derecho a gozar de inmunidad. En 1990, Alemania ratificó el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (véase más arriba, nota 41).

127/ Se ha dicho a veces que los tribunales de los Estados Unidos de América aplicaron inicialmente el principio de la inmunidad ilimitada de los Estados. Si se examina más de cerca la opinión del Magistrado Marshall en el asunto The Schooner "Exchange" v. MacFaddon and others (1812) (W. Cranch, Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States (Nueva York, 1911), vol. VII (3a. ed.) pág. 116). En el asunto Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia (1824) (H. Wheaton, Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of The United States (Nueva York, 1911), vol. IX (4a. ed.), págs. 904 y 907) se afirmó que "cuando un Estado adquiere la calidad de socio de una sociedad mercantil, se despoja, en lo que se refiere a las operaciones de esa sociedad, de su carácter soberano para revestir el de un ciudadano particular".

La primera vez que se enunció claramente la inmunidad restrictiva por un tribunal norteamericano, basada en la distinción entre los acta jure imperii y los acta jure gestionis fue en 1921, en el asunto The "Pesaro", (United States of America, The Federal Reporter, vol. 277 (1922), págs. 473, 479 y 480; véase también The American Journal of International Law (Wáshington, D.C.), vol. 21 (1927), pág. 108). Esta distinción fue apoyada por el Departamento de Estado, pero rechazada por el Tribunal Supremo en 1926 en el asunto Berizzi Brothers v. The S. S. "Pessaro" (United States Reports, vol. 271 (1927), pág. 562).

A partir de entonces los tribunales han preferido seguir la sugerencia del departamento político del Gobierno; véase, por ejemplo, Magistrado Stone en Republic of Mexico et al. v. Hoffman (1945) (ibid., vol. 324 (1946), págs. 30 a 42). Pero sólo con ocasión de la carta de Tate de 1952 (Estados Unidos de América, The Department of State Bulletin (Wáshington D.C.), vol. XXVI, N° 678 (23 de junio de 1952), págs. 984 y 985) quedó confirmada en términos generales y expresada en modo inequívoco la política oficial del Departamento de Estado favorable a la teoría de la inmunidad basada en la distinción entre acta jure imperii y acta jure gestionis. Véase además el asunto Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (Estados Unidos de América, Federal Reporter, 2nd Series, vol. 336 (1965), pág. 354; véase también International Law Reports (Londres), vol. 35 (1967), pág. 110).

Después de la aprobación de la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976 (véase más arriba, nota 103), los tribunales de los Estados Unidos han decidido la cuestión de la inmunidad, sin ninguna sugerencia del Departamento de Estado, en forma de una "carta de Tate". La Ley de 1976 es la que actualmente proporciona a los tribunales una guía legislativa con respecto a la excepción de la actividad mercantil. Véase, por ejemplo, el asunto West v. Multibanco Comermex, S.A., (807 F.2d 820, U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 6 de enero de 1987, The American Journal of International Law, vol. 81, pág. 660 (1987)); el asunto Rush-Presbyterian-St. Luke's Medical Center v. The Hellenic Republic (U.S. Court of Appeals, 7th Cir., 14 de junio de 1989); el asunto De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua (720 F. 2d, pág. 1385, U.S. Court of Appeals, 5th Cir., 19 de septiembre de 1985, The American Journal of International Law, vol. 80, pág. 658 (1986)); el asunto Gregorian v. Izvestia (871 F.2d, pág. 1515, U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 12 de abril de 1989); el asunto Harris Corporation v. National Iranian Radio and Television and Bank Melli Iran (U.S. Court of Appeals, 11th Cir., 22 de noviembre de 1982, International Law Reports, vol. 72, pág. 172 (1987)); el asunto America West Airlines Inc. v. GPA Group, Ltd. (877 F. 2d, pág. 793, U.S. Court of Appeals, 9th. Cir., 12 de junio de 1989); y el asunto MOL Inc. v. The People's Republic of Bangladesh (U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 3 de julio de 1984, International Law Reports, vol 80, pág. 583 (1989)).

128/ En relación con las actividades mercantiles de un Estado extranjero, sobre todo en lo que se refiere al transporte marítimo, la jurisprudencia del Reino Unido fluctuó durante todo el siglo XIX. La decisión que fue más lejos en el sentido de la restricción de la inmunidad fue la recaída en el asunto del Charkieh (1873) (véase el cuarto informe del anterior Relator Especial presentado a la Comisión en su 34° período de sesiones (Anuario... 1982, vol. II (Primera parte)), párr. 80). La decisión en sentido contrario fue la del caso Porto Alexandre (1920), (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, 1920, pág. 30). Así, el principio de la inmunidad ilimitada fue aplicado en casos posteriores relativos al transporte marítimo en 1924, tales como Compañía Mercantil Argentina v. United States Shipping Board (1924) (Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), caso N° 73, pág. 138), y otras actividades mercantiles, tales como la venta en condiciones comerciales corrientes de cierta cantidad de centeno en el

asunto de Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo (1956), (Reino Unido, The Law Reports, Queen's Bench Division, 1957, vol. 1, pág. 438).

Sin embargo, incluso en el asunto del Cristina (1938) (Reino Unido, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council, 1938, pág. 485; Annual Digest..., 1938-1940, (Londres), vol. 9 (1942), caso N° 86, pág. 250), se manifestaron muchas dudas a propósito del fundamento de la doctrina de la inmunidad cuando se aplicaba a buques mercantes, y algunos jueces estaban dispuestos a revisar la norma de la inmunidad ilimitada establecida en el asunto del Porto Alexandre (1920). Así, en una serie de asuntos, entre ellos Dollfus Mieg et Cie S.A. v. Bank of England (1950) (Reino Unido, The Law Reports, Chancery Division, 1950, pág. 333), United States of America and Republic of France v. Dollfus Mieg et Cie S.A. and Bank of England (1952) (The All England Law Reports, 1952, vol. 1, pág. 572); Sultan of Johore v. Abubakar, Tunku Aris Bendahara and others (1952) (ibid., pág. 1261); véase también una nota en The Law Quarterly Review (Londres), vol. 68 (1952), pág. 293); y Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad (1957) (Reino Unido, The Law Reports, House of Lords, 1958, pág. 379), se mantuvo una tendencia favorable a la concepción de la inmunidad "restrictiva". En la decisión en el asunto Dollfus Mieg et Cie S.A. (1950), Master of the Rolls, Sir Raymond Evershed, coincidió con Lord Maugham en el sentido de que "había que vigilar celosamente el ámbito del principio de inmunidad". En la decisión sobre el asunto del Sultan of Johore (1952), Lord Simon, en una opinión per curiam, negaba que la inmunidad ilimitada fuese la norma en Inglaterra en todas las circunstancias.

Una decisión precursora de la inversión definitiva de la regla de la inmunidad ilimitada que se había establecido en el asunto del Porto Alexandre (1920) es la que se adoptó en 1975 en el asunto del Philippine Admiral en la que se establecía una distinción con respecto a la decisión en el asunto del Parlement belge (1880) (Reino Unido, The Law Reports, Probate Division, 1879, vol. IV, pág. 129) y se citaba el asunto del Sultán of Johore (1952), en el sentido de que había precisado que la cuestión de la inmunidad ilimitada era discutible cuando se trataba de buques del Estado dedicados a operaciones comerciales ordinarias.

Luego, en 1977, el Tribunal de Apelaciones en el asunto Trendtex Trading Corporation Ltd. v. The Central Bank of Nigeria (véase más arriba, nota 59) consideró por unanimidad que la doctrina de la inmunidad soberana ya no se aplicaba a las operaciones comerciales ordinarias y que, por ello, debía aplicarse la doctrina restrictiva lo mismo a las acciones personales que a las acciones reales. Esta naciente tendencia fue fortalecida por la State Immunity Act (Ley sobre la Inmunidad de los Estados), de 1978 (véase más arriba, nota 102) que precedió a la decisión de la Cámara de los Lores tomada en 1981 en el asunto del "I Congreso del Partido" (1981) (The All England Law Reports 1981, vol 2, pág. 1064). Con la Ley de 1978 y esta serie de asuntos recientes, hay que considerar ahora que la práctica judicial de los tribunales británicos está bien establecida en lo que se refiere a la excepción de las actividades mercantiles de los Estados extranjeros. Véase también el asunto Planmount Limited v. The Republic of Zaire (High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 29 de abril de 1980, International Law Reports, vol. 64, pág. 268 (1983)).

17) Como se ha visto, el criterio "restrictivo" de la inmunidad del Estado aplicado por los tribunales italianos y belgas en Europa no tardó en ser adoptado también por los tribunales franceses 129/, los de los

---

129/ Un estudio de la práctica de los tribunales franceses revela que pueden encontrarse en las sentencias de tribunales inferiores a partir de 1890 ciertos indicios de limitaciones de la inmunidad del Estado basadas en distinciones entre el Estado como puissance publique (poder público) y como personne privée (persona privada) y entre acte d'autorité (acto de autoridad) y acte de gestion (acto de gestión) o acte de commerce (acto de comercio). Véase Faucon y Cie v. Gouvernement grec (1890) (Journal du droit international privé (Clunet) (París), vol. 17 (1890), pág. 288). Pero la teoría restrictiva de la inmunidad del Estado no fue formulada y adoptada por los tribunales franceses hasta 1918. Véase Société maritime auxiliaire de transports v. Capitaine du vapeur anglais "Hungerford" (Tribunal de Comercio de Nantes, 1918) (Revue de droit international privé (Darras) (París), vol. XV (1919), pág. 510); Capitaine Seabrook v. Société maritime auxiliaire de transports (Tribunal de Apelación de Rennes, 1919) (ibid., vol. XVIII (1922-1923), pág. 743); Etat roumain v. Pascalet et Cie (Journal du droit international (Clunet) (París), vol. 52 (1925), pág. 113).

Puede decirse que la actual jurisprudencia francesa ha suscrito el principio "restrictivo" de la inmunidad del Estado fundado en las "actividades mercantiles". Las decisiones más recientes, sin embargo, han interpretado la doctrina de los actos de comercio con diversos resultados. Por ejemplo, por una parte la compra de cigarrillos para uso de un ejército extranjero y el contrato para un estudio sobre la distribución de agua en el Pakistán han sido considerados los dos como actes de puissance publique (actos de poder) efectuados para un fin de service publique (servicio público); véase respectivamente el asunto Gugenheim v. State of Viet Nam (1961) (Revue générale de droit international public (París), vol. 66 (1962), pág. 654; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 257) y el asunto Société Transshipping v. Federation of Pakistan (1966) (International Law Reports, vol. 47, pág. 150 (1974)). En cambio, un contrato de arrendamiento comercial de una oficina para una organización de turismo de un gobierno extranjero y las modalidades de emisión de empréstitos plantearon dificultades a los tribunales para la aplicación de la norma de los actos de comercio. Véase respectivamente el asunto Etat espagnol v. Société anonyme de l'Hôtel George V (1970) (ibid. (Cambridge), vol. 52 (1979), pág. 317; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 267) y el asunto Montefiore v. Congo Belge (1955) (International Law Reports, 1955, vol. 22, pág. 226 (1958)). En el asunto Banque camerounaise de développement c. Société des Etablissements Robler (Cour de cassation, 18 de noviembre de 1986) (Journal du droit international, 1987, vol. 114, pág. 632), relativo al aval prestado por la Banque camerounaise de développement, un banco público, para garantizar las letras de cambio libradas por el Estado del Camerún para financiar la construcción de un hospital público en Yaundé, el tribunal adoptó el criterio restrictivo de la inmunidad del Estado, basado en la distinción entre el Estado como "poder público" y como "persona privada", y falló que, independientemente de la causa de la diferencia, el aval prestado por el banco a favor del Estado del Camerún era una operación mercantil

Países Bajos 130/ y los austríacos 131/.

---

realizada en el ejercicio de las actividades bancarias ordinarias y no guardaba relación con el ejercicio del poder público. Véase asimismo el asunto Banque Tejarat-Iran c. S.A. Tunzini Nessi Enterprises Equipements (Tribunal de París, 29 de noviembre de 1982) (Recueil Dalloz-Sirey, 1983, Inf. rap., pág. 302).

130/ Un estudio de los tribunales neerlandeses indica que, después de la aprobación del proyecto de ley de 1917, en virtud del cual los Estados podían aplicar la inmunidad del Estado con relación a los acta jure imperii, siguió todavía sin resolverse la cuestión de los acta jure gestionis hasta 1923, año en que se hizo la distinción entre los dos tipos de actos. No obstante, los tribunales neerlandeses siguieron siendo reacios a considerar cualquier actividad realizada por un gobierno como distinta del ejercicio de funciones del poder público. Así, el servicio público de remolcadores, empréstitos del Estado que fueron objeto de suscripción pública y la explotación de un barco del Estado fueron considerados como acta jure imperii; véanse respectivamente el asunto F. Advokaat v. Schuddinck & den Belgischen Staat (1923) (Weekblad van het Recht (La Haya, 1923), N° 11088; Annual Digest..., 1923-1924 (Londres), vol. 2 (1933), caso N° 69, pág. 133); el asunto de E. C. E. de Froe v. URSS (1932) (Weekblad van het Recht (La Haya, 1932), N° 124453; Annual Digest..., 1931-1932 (Londres), vol. 6 (1938), caso N° 87, pág. 170) y el asunto del "Garbi" (1938) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie (Zwollen, 1939), N° 96; Annual Digest..., 1919-1942 (Londres), vol. 11 (1947), caso N° 83, pág. 155).

Hasta 1947 no pudieron los tribunales neerlandeses encontrar y aplicar un criterio más práctico para restringir la inmunidad del Estado, al decidir que "los principios de derecho internacional concernientes a la inmunidad de jurisdicción extranjera de los Estados no se aplican a las actividades realizadas por el Estado en materia mercantil, industrial o financiera". Véase Weber v. USSR (1942) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie (Zwollen, 1942), N° 757; Annual Digest..., 1919-1942 (op. cit.), caso N° 74, pág. 140) y The Bank of the Netherlands v. The State Trust Arktikugol (Moscow); The Trade Delegation of the USSR in Germany (Berlin); The State Bank of the USSR (Moscow) (1943) (Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie (Zwollen, 1943), N° 600; Annual Digest..., 1943-1945 (Londres), vol. 12 (1949), caso N° 26, pág. 101). No obstante, la excepción de actividades mercantiles fue enunciada más claramente en 1973, en la decisión del Tribunal Supremo de los Países Bajos en el asunto Société européenne d'études et d'entreprises en liquidation volontaire v. The Socialist Federal Republic of Yugoslavia (Netherlands Yearbook of International Law, 1974 (Leiden), vol. V, pág. 290; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 355). Véase asimismo L.F. and H.M.H.K. v. Federal Republic of Germany (FRG), District Court of Haarlem, 7 de mayo de 1986, KG (1986), N° 322, NJ (1987), N° 955 (Netherlands Yearbook of International Law, vol. XX, pág. 285, en págs. 287 a 290 (1989)).

131/ La práctica de Austria ha seguido un curso marcadamente zigzagueante: empezó en el siglo XIX con la inmunidad incondicional, para

18) Puede decirse que la práctica judicial de cierto número de países en desarrollo ha adoptado también la inmunidad restrictiva. Egipto, como ya se ha advertido 132/, fue a la vanguardia en esta esfera. En los últimos años la práctica judicial del Pakistán 133/ y la Argentina 134/ ofrece ejemplos

---

pasar luego a la inmunidad restrictiva de 1907 a 1926, cuando se volvió una vez más a la práctica de la inmunidad ilimitada hasta 1950. En Dralle v. Republic of Czechoslovakia, fallado en 1950 (Osterreichische Juristen Zeitung (Viena), vol. 5 (1950), pág. 341, caso N° 356; traducción inglesa en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 183), el Tribunal Supremo de Austria analizó la doctrina autorizada en materia de derecho internacional antes de llegar a la conclusión de que era preciso denegar la inmunidad porque no se consideró que se trataba de acta jure gestionis. Según el Tribunal:

> "... Esta sujeción de los acta gestionis a la jurisdicción de los Estados halla su base en el desarrollo de la actividad comercial de los Estados. La doctrina clásica de la inmunidad surgió en una época en que todas las actividades comerciales de los Estados en países extranjeros estaban vinculadas con sus actividades políticas... Actualmente la posición es totalmente diferente; los Estados se dedican a actividades comerciales y... entran en competencia con sus propios nacionales y con extranjeros. En consecuencia, la doctrina clásica de la inmunidad ha perdido su sentido y, ratione cessante, ya no se puede reconocer como regla de derecho internacional." (Osterreichische Juristen Zeitung..., pág. 347; Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 195).

132/ Véase más arriba, nota 125.

133/ El Tribunal Supremo del Pakistán, en una decisión de 1981 en el asunto A. M. Qureshi v. Union of Soviet Socialist Republics through Trade Representative in Pakistan and another (All Pakistan Legal Decisions (Lahore), vol. XXXIII (1981), pág. 377) aprovechó la ocasión para reconsiderar y estudiar las leyes y prácticas de las otras jurisdicciones, así como las convenciones y opiniones pertinentes de los autores y, confirmando la aprobación de la distinción entre acta jure imperii y acta jure gestionis, determinó que los tribunales del Pakistán tenían jurisdicción con respecto a los actos de comercio de un gobierno extranjero.

134/ Un examen de la jurisprudencia argentina revela que los tribunales han reconocido y aplicado el principio de la inmunidad soberana en varios actos relacionados con actos soberanos de un gobierno extranjero; véanse, por ejemplo, Baima y Bessolino v. Gobierno del Paraguay (1916) (Argentina, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Buenos Aires), vol. 123, pág. 58); United States Shipping Board v. Dodero Hermanos (1924) (ibid., vol. 141, pág. 127) y Zubiaurre v. Gobierno de Bolivia (1899), ibid., vol. 79, pág. 124), mencionados todos en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 73 y 74. En el asunto relativo al vapor Aguila (1892) se aplicó la excepción de la actividad comercial en relación con un contrato de compraventa que debía ejecutarse y cumplirse dentro de los

de la aceptación de la inmunidad restrictiva, mientras que en el caso de Filipinas 135/ se encuentran asuntos de interés, pero no hay una decisión pertinente con respecto a la cuestión de la excepción de la inmunidad del Estado en el caso de transacciones mercantiles.

ii) Estudio de las legislaciones nacionales

19) Varios gobiernos han promulgado recientemente leyes que tratan ampliamente de la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Aunque esas leyes tienen un elemento común, es decir, la tendencia hacia una inmunidad "restrictiva", algunas de ellas se diferencian en algunas cuestiones en detalles importantes que deben seguirse de cerca. Sin embargo, sin entrar ahora en esos detalles, es significativo comparar los textos pertinentes relativos a la excepción de los "contratos comerciales" contenidos en la Ley de los Estados Unidos sobre las Inmunidades

---

límites de la jurisdicción de la República Argentina (véase Ministro Plenipotenciario de Chile v. Fratelli Lavarello (Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 47, pág. 248). La Corte Suprema se declaró competente y ordenó que continuara el juicio advirtiendo que "es con arreglo a las leyes generales de la Nación que deben regularse el valor intrínseco y todo lo relativo a aquel contrato, y que son los tribunales a la vez competentes para juzgarlo" (véase un extracto de la decisión en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 73). Véase también I. Ruiz Moreno, El derecho internacional público ante la Corte Suprema (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1941).

135/ Véase el cuarto informe del anterior Relator Especial (véase más arriba, nota 120), párr. 92. Por ejemplo, en el asunto United States of America, Capt. James E. Galloway, William I. Collins and Robert Gohier, petitioners, v. Hon. V. M. Ruiz (Presiding Judge of Branch XV, Court of First Instance of Rizal and Eligio de Guzmán & Co. Inc., respondents N° L-35645, 22 de mayo de 1985, Tribunal Supremo de Filipinas en pleno, Philippine Yearbook of International Law, vol. XI, pág. 87 (1985)), el Tribunal Supremo de Filipinas falló que los contratos de reparaciones de una base naval guardaban relación con la defensa de la nación, que era una función de gobierno, y no estaban comprendidos en el ámbito de la excepción a la inmunidad del Estado relativa a las actividades mercantiles. No parece haber, sin embargo, decisiones por las que se aplique la excepción a la inmunidad del Estado concerniente a las transacciones mercantiles. La misma situación existe también en Chile. Véase el cuarto informe del anterior Relator Especial, Anuario..., 1982, vol. II (Primera parte), párr. 91.

de los Soberanos Extranjeros, de 1976 136/ y la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido 137/. A ese respecto, esta última ha sido seguida muy de cerca por el Pakistán 138/, Singapur 139/ y Sudafrica 140/ y, en parte, por Australia 141/ y el Canadá 142/.

iii) Estudio de la práctica de los tratados

20) La actitud o las opiniones de un gobierno pueden deducirse de su práctica establecida en los tratados. Los tratados bilaterales pueden contener disposiciones según las cuales las partes convengan de antemano en someterse a la jurisdicción de los tribunales locales en ciertas esferas concretas de actividad, tales como el comercio o la inversión. Así, la práctica de los tratados de la Unión Soviética demuestra ampliamente su deseo de confiar sus relaciones comerciales a empresas y organizaciones comerciales autónomas, sometidas a la jurisdicción de las autoridades territoriales competentes. Aunque es posible que el hecho de que un Estado tenga una práctica coherente en este aspecto concreto pueda considerarse como prueba de la inexistencia de normas de derecho internacional sobre el tema, o de la posibilidad de desviarse de dichas reglas, o de derogarlas mediante acuerdos bilaterales, la

---

136/ Véanse los artículos 1604 y 1605 (Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 57 y 58).

137/ Véase el artículo 3, titulado "Excepciones a la inmunidad" (ibid., pág. 42).

138/ El Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, artículo 5 (The Gazette of Pakistan (Islamabad), 11 de marzo de 1981; texto reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 21 y 22).

139/ La Ley sobre las Inmunidades de los Estados, de 1979, artículo 5 (Singapur, Suplemento de 1979 a los Statutes of the Republic of Singapore, reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., pág. 29).

140/ El párrafo 1) del artículo 4 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (ibid., pág. 36.)

141/ Los párrafos 1) y 2) del artículo II de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia (International Legal Materials, vol. 25, 1986, pág. 715).

142/ Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, del Canadá (State Immunity Act) (The Canada Gazette, Parte III (Ottawa), vol. 6, N° 15 (22 de junio de 1982), pág. 2949, cap. 95), artículo 5.

suma de dichas prácticas en los tratados bilaterales puede corroborar la existencia de una práctica general de los Estados en apoyo de las limitaciones acordadas, que podría culminar en excepciones aceptadas en la práctica internacional 143/. Sin embargo, en primera lectura un miembro de la Comisión sostuvo que la inclusión repetida de tal excepción en acuerdos concretos se basaba en el consentimiento y no podía entenderse que implicaba la aceptación general de esa excepción.

21) El Acuerdo entre la Unión Soviética y Francia de 1951 144/, característico de los tratados concertados entre la Unión Soviética y los países desarrollados, y el párrafo 3 del canje de cartas de 1953 entre la Unión Soviética y la India 145/, que es un ejemplo de los acuerdos entre la Unión Soviética y los países en desarrollo, ilustran aún más la práctica de los tratados en lo que se refiere a esta excepción.

143/ Esta opción fue justificada por un miembro de la Comisión. Véase la declaración del Embajador Tsuruoka durante el 33° período de sesiones de la Comisión, en la que hizo referencia a los tratados concertados entre el Japón y los Estados Unidos de América en 1953 y la URSS en 1957 (Anuario... 1981, vol. I, pág. 64, 1654a. sesión, párr. 23).

144/ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 221, pág. 95, artículo 10. Véanse disposiciones análogas en tratados celebrados por la URSS con Dinamarca (1946) (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 8, pág. 201); Finlandia (1947) (ibid., vol. 217, pág. 3); Italia (1948) (ibid., pag. 181); Austria (1955) (ibid., vol. 240, pág. 289); Japón (1957) (ibid., vol. 325, pág. 35); República Federal de Alemania (1958) (ibid., vol. 346, pág. 71); los Países Bajos (1971) (Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden (La Haya, 1971), N° 163). Las disposiciones pertinentes de estos tratados están reproducidas en inglés en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 140 a 144.

145/ Ibid., vol. 240, pág. 157, artículo 3. Véanse también disposiciones análogas en tratados celebrados por la URSS con otros países en desarrollo, como Egipto (1956) (ibid., vol. 687, pág. 221); el Iraq (1958) (ibid., vol. 328, pag. 118); Togo (1961) (ibid., vol. 730, pág. 187); Ghana (1961) (ibid., vol. 655, pág. 171); Yemen (1963) (ibid., vol. 672, pág. 315); Brasil (1963) (ibid., vol. 646, pág. 277); Singapur (1966) (ibid., vol. 631, pág. 125); Costa Rica (1970) (ibid., vol. 957, pág. 347); Bolivia (1970) (ibid., pág. 373). Las disposiciones pertinentes de estos tratados se reproducen en inglés en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 145 a 150.

iv) Estudio de las convenciones internacionales y de los trabajos de codificación realizados por órganos intergubernamentales

22) En un convenio regional, el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 146/, y en un convenio universal, el Convenio de Bruselas de 1926 147/, se regula la cuestión de las actividades comerciales como excepción a la norma de inmunidad de los Estados. El artículo 7 del Convenio Europeo es claro en esa materia 148/, pero en relación con el artículo 1 del Convenio de Bruselas 149/ hay que señalar que su objeto principal era evidentemente asimilar, en lo que se refiere a las inmunidades, la posición de los buques mercantes explotados por un Estado a la de los buques mercantes privados.

146/ Véase más arriba, nota 41.

147/ Convenio Internacional de Bruselas para la Unificación de Ciertas Reglas Concernientes a las Inmunidades de los buques de Estado (Bruselas, 1926) y Protocolo Adicional (Bruselas, 1934) (Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, págs. 199 y 215; Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 173 y ss.).

148/ El artículo 7 dispone lo siguiente:

"1. Un Estado contratante no podrá alegar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante si tiene, en el territorio del Estado a que pertenece el tribunal, una oficina, agencia u otro establecimiento por cuyo intermedio se dedica a actividades industriales, comerciales o financieras en la misma forma que un particular, y el procedimiento se refiere a las actividades de esa oficina, agencia o establecimiento.

2. El párrafo 1 no se aplicará si todas las partes en la controversia son Estados, o si las partes han acordado otra cosa por escrito."

(ibid., pág. 158).

149/ El artículo 1 dispone lo siguiente:

"Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, la carga de propiedad de un Estado y la carga y los pasajeros transportados en buques del Estado, así como los Estados que sean dueños de tales buques o que los exploten, o que sean dueños de dicha carga, estarán sujetos, respecto de las demandas relativas a la explotación de dichos buques o al transporte de dicha carga, a las mismas normas sobre responsabilidad y a las mismas obligaciones aplicables a los buques, carga y equipo privados."

23) Los esfuerzos realizados por el Consejo de Europa culminaron con la entrada en vigor del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972, y también se han hecho o se están haciendo esfuerzos similares en otras regiones. Los Estados de América Central, el Consejo Interamericano y los Estados del Caribe han estado examinando proyectos similares 150/. Otro hecho importante es el relativo a la labor de la Organización de los Estados Americanos sobre el proyecto de convención interamericana sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados. A comienzos del decenio de 1980 la Asamblea General de la OEA pidió al Consejo Permanente, órgano político, que estudiase el proyecto de convención interamericana sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados aprobado por el Comité Jurídico intermericano en 1983 151/ en el que figura una disposición que limita la inmunidad con respecto a "demandas que se refieran a una actividad mercantil o comercial realizada en el territorio del Estado del foro" 152/. El proyecto ha sido examinado por un grupo de trabajo, establecido por el Consejo Permanente, que preparó un texto revisado y un análisis comparado de los dos proyectos de la OEA y el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre inmunidades jurisdiccionales. El proyecto revisado de la OEA se ha remitido a los gobiernos para su examen.

24) Del estudio que precede se desprende que si bien los límites precisos de las inmunidades jurisdiccionales en la esfera de las "transacciones mercantiles" quizás no puedan determinarse con facilidad sobre la base de la

---

150/ Véase, por ejemplo, la documentación presentada por el Gobierno de Barbados: "El Gobierno de Barbados está en vías de considerar legislación de esta índole [como la Ley del Reino Unido sobre la Inmunidad de los Estados de 1978] y además está encabezando los esfuerzos por celebrar una Convención del Caribe sobre la inmunidad de los Estados". (Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 74 y 75.)

151/ Proyecto de convención interamericana sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados, adoptado el 21 de enero de 1983 por el Comité Jurídico Interamericano (OEA/Ser.G-CP/doc. 1352/83 de 30 de marzo de 1983). Véase también International Legal Materials, (Wáshington, D.C.), vol. XXII, N° 2 (1983), pág. 292.

152/ El párrafo 2 del artículo 5 establece que por "actividad mercantil o comercial" del Estado se entiende la realización de una determinada transacción o acto comercial o mercantil como parte del desarrollo ordinario de su comercio.

práctica de los Estados existente, el concepto de no inmunidad de los Estados con respecto a las actividades comerciales, previsto en la norma formulada en el párrafo 1 del presente artículo, tiene precedentes en las fuentes antes examinadas 153/.

25) La distinción hecha entre un Estado y algunas de sus entidades que realizan transacciones comerciales en materia de inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera parece estar generalmente apoyada por los tratados recientes 154/ y la legislación nacional 155/ así como por la

---

153/ Véanse asimismo las aportaciones de los organismos no gubernamentales examinadas en el cuarto informe del anterior Relator Especial (Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/357, pág. 278). Véanse además las novedades más recientes en Annuaire de l'Institut du droit international, vol. 63, parte II, período de sesiones de Santiago de Compostela, 1989; y Asociación de Derecho Internacional, Conferencia de Qneens (1990), Comité Internacional sobre la Inmunidad de los Estados, First Report on Developments in the field of State Immunity since 1982.

154/ Véase, por ejemplo, el artículo 27 del Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados (Consejo de Europa European Convention on State Immunity and Additional Protocol, European Treaty Series, N° 74 (Estrasburgo, 1972) y el Acuerdo entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los Estados Unidos sobre Relaciones Comerciales del 1° de junio de 1990, artículo XII 1). Disposiciones similares a las del Acuerdo entre la URSS y los Estados Unidos se hallan también en el Acuerdo entre Checoslovaquia y los Estados Unidos sobre Relaciones Comerciales de 12 de abril de 1990, artículo XIV 1); y en el Acuerdo entre Mongolia y los Estados Unidos sobre Relaciones Comerciales de 23 de enero de 1991, artículo XII 1).

155/ Véanse, por ejemplo, los párrafos 1), 2) y 3) del artículo 14 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados del Reino Unido de 1978; la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur, artículo 16, párrafos 1), 2) y 3); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán, artículo 15, párrafos 1), 2) y 3); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica, artículo 1, párrafo 2 y artículo 15; y la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, de 1982, del Canadá, artículos 2 y 3, párrafo 1), 11, párrafo 3) y 13, párrafo 2). Véanse también la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia, la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976, de los Estados Unidos, apartados a) y b) del artículo 1603 y artículo 1606, así como el artículo 452 del tercer Restatement. La legislación nacional especialmente pertinente en el presente contexto es la promulgada recientemente en varios Estados socialistas. Véase, por ejemplo, la Ley sobre empresas estatales (grupos de empresas) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 30 de junio de 1987 (Vedomosti Verkhovnogo Soveta SSR, 1° de julio de 1987, N° 26 (2412), texto 385, págs. 427 a 463) (artículo 1 1), 2) y 6)); Decreto de 1987 sobre el procedimiento para la creación en el territorio de la URSS y las actividades

práctica judicial 156/ de los Estados, aunque los enfoques o los requisitos

---

de empresas mixtas con la participación de organizaciones soviéticas y empresas de los países capitalistas y en desarrollo (Decreto del Consejo de Ministros de la URSS aprobado el 13 de enero de 1987, N° 49. SP SSSR (1987), N° 9, partida 40; modificado por los Decretos N° 352 de 17 de marzo de 1988 y N° 385 de 6 de mayo de 1989. Svod zakonov SSSR, IX, 50-19; SP SSSR (1989), N° 23, partida 75); Ley de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre las cooperativas de la URSS, aprobada por el Soviet Supremo de la URSS el 1° de junio de 1988 (arts. 5, 7 y 8); Ley de la República Popular de China sobre empresas industriales de propiedad del pueblo, aprobada el 13 de agosto de 1988 en la primera sesión del Séptimo Congreso Nacional del Pueblo (art. 2); Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China, aprobados en la cuarta sesión del Sexto Congreso Nacional del Pueblo, promulgados por Orden N° 37 del Presidente de la República Popular de China el 12 de abril de 1986 y en vigor al 1° de enero de 1987 (arts. 36, 37 y 41); Ley de las empresas con participación de propiedad extranjera, de la República Federal Checoslovaca; Ley de 19 de abril de 1990 por la que se modifica la Ley de las empresas con participación de propiedad extranjera N° 173 de 1988, Coll. (arts. 2 y 4).

156/ En lo que concierne a la práctica judicial de los Estados Unidos de América, véase, por ejemplo, Matter of SEDCO, Inc. (543 F. Supp. pág. 561, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D. Texas, 30 de marzo de 1982); O'Connel Machinery Co. v. M. V. "Americana" (734 F. 2d, pág. 115, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 2d. Cir., 4 de mayo de 1984). Véase no obstante First National City Bank v. Banco para el Comercio Exterior de Cuba (1983) (103 S.Ct., pág. 2591, 17 de junio de 1873. The American Journal of International Law, vol. 78, pág. 230 (1984)). Véase además Foremost-McKesson, Inc. v. Islamic Republic of Iran (905 F. 2d, pág. 438. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, D.C. Cir., 15 de junio de 1990) y Kalamazoo Spice Extraction Company v. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia (U.S. Foreign Sovereign Immunities Act; 26 de agosto de 1985. International Legal Materials, vol. 24, pág. 1277 (1985)). Cf. Edlow International Co. v. Nuklearna Elektrarna Krsko (441 F. Supp., pág. 827 (D.D.C. 1977), International Law Reports, vol. 63 (1982), pág. 100).

Por lo que respecta a la práctica judicial del Reino Unido, véase por ejemplo I Congreso del Partido (1983) (The Law Reports, 1983, vol. I, pág. 244) en que el Tribunal de Apelación dijo lo siguiente:

> "Las empresas controladas por el Estado, con personalidad jurídica, capacidad para comerciar y concertar contratos de derecho privado, aunque totalmente sujetas al control de su Estado, son una característica bien conocida del ámbito comercial moderno. La distinción entre ellas y su Estado puede parecer artificial, pero es una distinción aceptada en el derecho de Inglaterra y de otros Estados. Consideraciones muy diferentes se aplican a una empresa controlada por el Estado que actúe con arreglo a directrices del gobierno, por una parte, y un Estado que ejerza funciones soberanas por otra." (Ibid., pág. 258, citas omitidas.)

Posteriormente, en su opinión Lord Wilberforce rechazó la tesis de que las transacciones mercantiles realizadas por organizaciones de propiedad estatal podían atribuirse al Gobierno cubano.

> "La condición de estas organizaciones es conocida en nuestros tribunales y nunca se ha sostenido que el Estado pertinente sea responsable en derecho de sus actos." (Ibid., pág. 271.)

Véase también el asunto Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria (1977) (véase más arriba, nota 59) en la que el Tribunal de Apelación dictaminó que el Banco Central de Nigeria no era un alter ego u órgano del Gobierno nigeriano a efectos de determinar si podía pretender inmunidad soberana; y C. Czarnikow LTD v. Centrala Hondlu Zagranicznego Rolimpex (Tribunal de Apelación (1978) Q.B.176, Cámara de los Lores (1979) A.C.351, International Law Reports, vol. 64 (1983), pág. 195) en el que la Cámara de los Lores confirmó el fallo del tribunal inferior afirmando que a falta de pruebas claras y conclusiones definidas de que el gobierno extranjero ejerció la acción simplemente para liberar a una empresa estatal de la responsabilidad contractual del Estado, la empresa no podía ser considerada como un órgano del Estado.

Por lo que respecta a la práctica judicial del Canadá, véase, por ejemplo, Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al. (International Law Reports, vol. 64 (1983), pág. 63) y Bouchard v. J. L. Le Saux Ltée (1984), 45 O.R. (2d), pág. 792. Corte Suprema de Ontario (Master's Chambers) (Canadian Yearbook of International Law, vol. XXIII, págs. 416 y 417 (1985)). En el primer asunto, el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Tribunal divisional) sostuvo que la N.Y. State Thruway Authority no era un órgano o alter ego del Estado de Nueva York, sino un órgano independiente constituido para realizar sus propias actividades comerciales y por consiguiente no tenía derecho a la inmunidad soberana.

En cambio, en el segundo asunto, al llegar a la decisión de separar el servicio en la James Bay Energy Corporation basándose en que la empresa tenía derecho a inmunidad soberana como órgano del Gobierno de Quebec, el Senior Master consideró la cuestión de si existían pruebas que indicasen que la empresa estaba dedicada a actividades puramente privadas o comerciales.

Por lo que respecta a la práctica judicial de Francia, véase, por ejemplo, el asunto Corporación del cobre v. Braden Copper Corporation and Société Groupement d'Importation des Métaux (International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 57); Société des Ets. Poclain and Cie d'Assurances la Concorde v. Morflot USSR and Others (International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 67). En el asunto Société Nationale des Transports Routiers v. Compagnie Algérienne de Transit et d'Affrétement Serres et Pilaire and

Another (1979) (International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 83) el Tribunal de Casación sostuvo lo siguiente:

> "SNTR tenía una personalidad jurídica distinta de la del Estado argelino, estaba dotada de sus propios activos, contra los cuales se dirigía exclusivamente la acción de los acreedores, y realizaba operaciones comerciales transportando mercancías de la misma manera que una empresa comercial ordinaria. Habiendo determinado estos hechos, el Tribunal de Apelación llegó correctamente a la conclusión... de que la SNTR no podía pretender ante un tribunal francés explotar activos pertenecientes al Estado argelino o, aun cuando tal hubiese sido el caso, actuar en ejercicio del poder público o en interés de un servicio público. Por consiguiente, la SNTR no tenía derecho a inmunidad jurisdiccional o a inmunidad de ejecución." (Ibid., pág. 85.)

Por lo que respecta a la práctica judicial de Alemania, de la que puede decirse que ha aplicado los criterios estructural y funcional, véase, por ejemplo, Non-resident Petitioner v. Central Bank of Nigeria (1975) (International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 131), asunto relativo a una demanda contractual en la que el Tribunal del Distrito de Frankfurt sostuvo que "no hemos de decidir si, sobre la base de las responsabilidades que se le han asignado, el demandado desempeña funciones soberanas y si, en virtud del derecho de Nigeria, el demandado actúa como persona jurídica y ostenta en todo o en parte el poder público en el cumplimiento de funciones en virtud del derecho público. El demandante señala correctamente que de conformidad con la jurisprudencia general, las publicaciones jurídicas y la doctrina del derecho internacional, las entidades jurídicas separadas de un Estado extranjero no gozan de inmunidad" (ibid., pág. 134). El Tribunal añadió prudentemente que aun cuando el demandado fuera un departamento del Gobierno jurídicamente dependiente no tendría derecho a inmunidad, puesto que sólo se disponía de inmunidad de jurisdicción respecto de los acta jure imperii y no de los acta jure gestionis. Asimismo, en el asunto National Iranian Oil Company Pipeline Contracts, 1980 (ibid., vol. 65 (1984), pág. 212), el Tribunal provincial superior de Frankfurt sostuvo que no había ninguna norma de derecho público internacional en el sentido de que la jurisdicción interna se excluyera respecto de las acciones contra un Estado extranjero en relación con su actividad no soberana (acta jure gestionis) y añadió además lo siguiente:

> "En la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemanas predomina la tesis de que las empresas comerciales de un Estado extranjero que han sido dotadas de personalidad jurídica independiente no gozan de inmunidad... lo decisivo es que el demandado se estructure en virtud del derecho del Irán como sociedad limitada pública, es decir, una persona jurídica de derecho privado que goza de autonomía respecto del Estado iraní."

Véase además In the Matter of Constitutional Complaints of the National Iranian Oil Company against Certain Orders of the District Court and the Court of Appeals of Frankfurt in Prejudgment Attachment Proceedings against the Complainant. 37 WM Zeitschrift für wirtschafts- und Brankrecht 722 (1983)

específicos pueden variar entre ellos 157/.

(Tribunal Constitucional Federal, 12 de abril de 1983. Traducción inglesa en International Legal Materials, vol. XXII, pág. 1279 (1983)).

Por lo que respecta a la práctica judicial de Suiza, véase por ejemplo Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA (1978) (International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 417) en el que el Tribunal Federal rechazó el alegato de inmunidad basándose en que el acuerdo para la provisión de un "depósito temporal" entre dos bancos comerciales, en que un Estado no era parte y que se había concertado con arreglo a la práctica bancaria internacional predominante, se había de clasificar con arreglo a su naturaleza como un contrato de derecho privado (jure gestionis) sobre el cual los tribunales suizos tenían jurisdicción. En este caso parece que pesó el enfoque ratione materiae. Pero también en este caso se indicó que el banco estatal era considerado como un banco privado en lo que respecta a la transacción en cuestión. Véase también Banco de la Nación Lima v. Banco Cattolica del Veneto (1984) (International Law Reports, vol. 82 (1990), pág. 10); Swissair v. X and Another (1985) (Tribunal Federal, International Law Reports, vol. 82 (1990), pág. 36) y Banque du Gothard v. Chambre des Recours en Matière Pénale du Tribunal d'Appel du Canton du Tessin and Another (1987) (Tribunal Federal, International Law Reports, vol. 82, pág. 50). En este último caso los depósitos bancarios del Instituto de la ciudad del Vaticano se trataron de la misma manera que los de un banco estatal extranjero.

Algunos otros casos pertinentes a la cuestión de las empresas estatales u otras entidades en relación con la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción de tribunales extranjeros son los relativos a Bélgica: S.A. "Dhellemes et Masurel" v. Banque Centrale de la République de Turquie (Tribunal de Apelación de Bruselas, 1963, International Law Reports, vol. 45 (1972), pág. 85); Italia: Hungarian Papal Institute v. Hungarian Institute (Academy) in Rome (Tribunal de Casación, 1960, International Law Reports, vol. 40 (1970), pág. 59).

La práctica judicial de los países en desarrollo sobre empresas o entidades de Estados extranjeros no es fácilmente discernible debido a la falta de información. Con respecto a la práctica de los tribunales indios, véase por ejemplo New Central Jute Mills Co. Ltd. v. VEB Deutfracht Seereederei Rostock (Tribunal Superior de Calcuta, A.I.R., 1983, cal. 225, Indian Journal of International Law, vol. 23 (1983), pág. 589) en el que el Tribunal sostuvo que la VEB Deutfracht Seereederei Rostock, que era una compañía constituida con arreglo a las leyes de la República Democrática Alemana, no era un "Estado" a efectos de la legislación nacional que requería el consentimiento del Gobierno central de la India para procesar a un Estado extranjero, pero no decidió si la entidad debía ser considerada parte de un Estado a efectos de la inmunidad jurisdiccional en virtud del derecho internacional.

157/ Véase C. Schreuer, State Immunity: Some Recent Developments, 1988, págs. 92 a 124.

Artículo 11

Contratos de trabajo

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado.

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

a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio del poder público;

b) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;

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

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

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

Comentario

a) Naturaleza y alcance de la excepción de los "contratos de trabajo"

1) El proyecto de artículo 11 aprobado por la Comisión abarca una esfera comúnmente designada con el nombre de "contratos de trabajo" que ha surgido recientemente como excepción a la regla de la inmunidad de los Estados. Los "contratos de trabajo" se han excluido de la expresión "transacción mercantil", definida en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2 del presente proyecto de artículos. Son, pues, de naturaleza distinta de la de las transacciones mercantiles.

2) Sin definir técnicamente el contrato de trabajo, conviene hace ver algunos de los elementos esenciales de ese contrato a los efectos del artículo 11. El ámbito de la excepción prevista en este artículo se extiende al contrato de trabajo o de servicios entre un Estado y una persona natural o individuo referentes a servicios o trabajos realizados o que se han de realizar en todo o en parte en el territorio de otro Estado. Son dos los

Estados soberanos afectados, el Estado empleador y el Estado del foro. La persona natural o individuo es también un elemento importante como parte en el contrato de trabajo, al ser contratado en el Estado del foro para realizar un servicio o trabajo en ese Estado. La excepción al principio de la inmunidad de los Estados se aplica a cuestiones derivadas de las condiciones contenidas en el contrato de trabajo.

3) Siendo dos los Estados soberanos participantes, son dos los ordenamientos jurídicos que entran en conflicto respecto de la aplicación de sus leyes respectivas. El Estado empleador tiene interés en que se aplique su derecho con respecto a la selección, contratación y nombramiento de un empleado por el Estado o por uno de sus órganos, organismos o instituciones que actúan en ejercicio del poder público. También parece justificable que, para ejercer su supervisión disciplinaria sobre su propio personal o sus empleados, el Estado empleador tenga un interés primordial en asegurar el cumplimiento de sus normas internas y la prerrogativa de nombramiento o destitución resultante de decisiones unilaterales tomadas por el Estado.

4) Por otra parte, el Estado del foro parece tener jurisdicción exclusiva, cuando no un interés primordial, en cuestiones de política interna relativas a la protección que se ha de conceder a su mano de obra local. Cuestiones relativas al seguro de enfermedad, seguro contra determinados riesgos, salario mínimo, derecho al descanso y al esparcimiento, vacaciones pagadas, compensación que se ha de pagar al poner fin al contrato de trabajo, etc., conciernen sobre todo al Estado del foro, especialmente si los empleados son contratados para realizar un trabajo en ese Estado o si en el momento de la contratación eran nacionales o residentes habituales o permanentes en él. Aparte de eso, el Estado del foro puede tener menos razones para hacer valer un interés superior o preponderante en ejercer su jurisdicción. La base de la jurisdicción es sin duda alguna la conexión territorial inmediata entre los contratos de trabajo y el Estado del foro, es decir, la contratación y la ejecución de los servicios en el territorio del Estado del foro, así como la nacionalidad o la residencia habitual de los empleados. Así, por ejemplo, el personal local de una embajada extranjera no tendría otra forma realista de

presentar una demanda de no ser ante un tribunal del Estado del foro 158/. A este respecto, el artículo 11 constituye una importante garantía de sus derechos. Los empleados a que se refiere el presente artículo son tanto los permanentes como los vinculados por un contrato de corta duración.

b) La regla de la no inmunidad

5) Por consiguiente, en el artículo 11 se trata de mantener un equilibrio difícil entre los intereses del Estado empleador con respecto a la aplicación de su ordenamiento jurídico y los intereses predominantes del Estado del foro en cuanto a la aplicación de su derecho laboral y, en algunos casos excepcionales, también en cuanto al mantenimiento de su jurisdicción exclusiva sobre la materia objeto del proceso.

6) El párrafo 1 representa, pues, un esfuerzo por enunciar la regla de la no inmunidad. En su formulación, la base para el ejercicio de la jurisdicción por el tribunal competente del Estado del foro viene dada por el lugar de prestación de los servicios en virtud del contrato de trabajo en el territorio del Estado del foro. Se ha suprimido en segunda lectura la referencia a la protección por las disposiciones sobre seguridad social del Estado del foro incluida en el texto originario aprobado en primera lectura, ya que no todos los Estados tienen un sistema de seguridad social en el sentido estricto del término y algunos Estados extranjeros pueden preferir que sus empleados no estén acogidos al sistema de seguridad social del Estado del foro. Además, hay sistemas de seguridad social cuyas prestaciones no cubren a personas empleadas por períodos muy breves. Si se mantenía la referencia a la seguridad social en el artículo 11, esas personas se verían privadas de la

---

158/ Véase, por ejemplo, el asunto S. c. Etat indien (Tribunal federal, 22 de mayo de 1984) Annuaire suisse de droit international, 1985, vol. 41, pág. 172) relativo al despido de un nacional italiano contratado localmente empleado en un principio por la Embajada de la India en Suiza como radiotelegrafista y que realizó posteriormente trabajos de redacción, traducción y fotografía, trabajando finalmente como empleado de oficina. El tribunal sostuvo que como el empleado era nacional de Italia, llevaba a cabo actividades de carácter subordinado y había sido contratado fuera de la India, no tenía vínculo alguno con el Estado de la India y el ejercicio de la jurisdicción en el asunto no podía causar ningún perjuicio al desempeño de las funciones del Estado; por consiguiente, el contrato de trabajo no pertenecía al ámbito de la "puissance publique" de la India y los tribunales suizos eran competentes para conocer del asunto.

protección de los tribunales del Estado del foro. Sin embargo, son precisamente esas personas las que se hallan en la posición más vulnerable y las que más necesitan recursos judiciales eficaces. También se ha suprimido la referencia a la contratación en el Estado del foro que figuraba en el texto inicial aprobado en primera lectura.

7) El párrafo 1 está formulado como norma supletoria, ya que los Estados siempre pueden acordar lo contrario y adoptar una solución diferente renunciando a la jurisdicción laboral local en favor de la inmunidad. Es de suma importancia el respeto de los regímenes convenidos por tratado y del consentimiento de los Estados interesados, puesto que son decisivos para resolver la cuestión de la renuncia o del ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro o del mantenimiento de la inmunidad jurisdiccional del Estado empleador. Algunos miembros, aunque no se oponían a la aprobación del párrafo 1, sostuvieron que dicho párrafo debía establecer como regla la inmunidad del Estado y que el párrafo 2 debía enunciar la excepción a esa inmunidad.

c) Circunstancias que justifican el mantenimiento de la regla de la inmunidad de los Estados

8) En el párrafo 2, se trata de establecer y mantener el equilibrio adecuado introduciendo importantes limitaciones a la aplicación de la regla de la no inmunidad, enumerando las circunstancias en que sigue prevaleciendo la norma de la inmunidad.

9) En el apartado a) del párrafo 2, se enuncia la regla de la inmunidad para la contratación de empleados del gobierno de una categoría cuyas funciones están relacionadas estrechamente con el ejercicio de prerrogativas del poder público. Ejemplos de esos empleados son los secretarios privados, los empleados de cifra, los intérpretes, traductores y otras personas encargadas de funciones relacionadas con la seguridad o los intereses fundamentales del Estado 159/. Los funcionarios debidamente acreditados quedan incluidos, por

---

159/ Véase por ejemplo la práctica judicial de Italia: Console generale britannico in Napoli v. Ferraino (Corte di Cassazione (Sezioni Unite), 17 de enero de 1986, N° 283, The Italian Yearbook of International Law, vol. VII, págs. 298 y 299 (1986-1987)); Console generale belga in Napoli v. Esposito (Corte di Cassazione (Sezioni Unite), 3 de febrero de 1986, N° 666, ibid.);

supuesto, en este apartado. No será posible iniciar o mantener procedimientos relativos a sus contratos de trabajo ante los tribunales del Estado del foro. En segunda lectura la Comisión consideró que la expresión "servicios relacionados con el ejercicio de prerrogativas del poder público", que figuraba en el texto aprobado en primera lectura, podía prestarse a una interpretación exageradamente amplia, pues un contrato de trabajo concertado por un Estado tenía buenas oportunidades de estar "relacionado con el ejercicio de prerrogativas del poder público", aunque fuese de manera muy indirecta. Se estimó que la excepción prevista en el apartado a) sólo se justificaba si existía un estrecho vínculo entre el trabajo que se había de desarrollar y el ejercicio del poder público. La palabra "relacionados" se ha sustituido, pues, por las palabras "estrechamente relacionadas". Para evitar toda confusión con los contratos para la ejecución de servicios de los que se trata en la definición de "transacción mercantil" y que por tanto quedan cubiertos por el artículo 11, en segunda lectura se sustituyó la palabra "servicios" por la palabra "funciones".

10) El apartado b) del párrafo 2 tiene por objeto confirmar la práctica existente de los Estados 160/ que apoya la regla de la inmunidad en el ejercicio de la facultad discrecional del Estado de nombrar o no nombrar a una

---

Panattoni c. Repubblica federale di Germania (Corte di Cassazione, 15 de julio de 1987) (Rivista di diritto internazionale, 1988, vol. 71, pág. 902).

Por lo que se refiere a la práctica judicial de algunos otros Estados, véase por ejemplo, Polonia: Maria B. v. Austrian Cultural Institute in Warsaw, (Tribunal Supremo, 25 de marzo de 1987, International Law Reports, vol. 82 (1990), pág. 1); Alemania: Conrades v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Tribunal Laboral de Hannover, 4 de marzo de 1981, International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 205); Bélgica: Portugal v. Gonçalves, Tribunal civil de Bruselas (Segunda Sala) (11 de marzo de 1982, International Law Reports, vol. 82 (1990) pág. 115); Suiza: Tsakos v. Government of the United States of America (Tribunal Laboral de Ginebra, 1° de febrero de 1972, International Law Reports, vol. 75 (1987), pág. 78); Reino Unido: Sengupta v. Republic of India (Tribunal de Apelación del Trabajo, 17 de noviembre de 1982, International Law Reports, vol. 64 (1983), pág. 352).

160/ Véase, por ejemplo, en la práctica judicial de Italia, el interesante fallo dictado por las Salas Reunidas del Tribunal de Casación en 1947 con respecto al asunto Tani v. Rappresentanza commerciale in Italia dell'U.R.S.S. (Il Foro Italiano (Roma), vol. LXXI (1948), pág. 855; Annual Digest..., 1948 (Londres), vol. 15 (1953), pág. 141, caso N° 45), en el que se sostuvo que la Delegación Comercial Soviética quedaba exenta de la

persona para desempeñar un cargo o un empleo oficial. Ello incluye el nombramiento efectivo, que en virtud de la legislación del Estado empleador se

---

jurisdicción con respecto al empleo de un ciudadano italiano, por ser acta jure imperii, no obstante el hecho de que el autor del nombramiento era una entidad jurídica distinta, en realidad una empresa extranjera establecida por un Estado. En este caso tampoco se hizo distinción entre actividades diplomáticas y comerciales del organismo comercial. De igual modo, en 1955, en el asunto Department of the Army of the United States of America v. Gori Savellini (Rivista di diritto internazionale (Milán), vol XXXIX (1956), págs. 91 y 92); International Law Reports (Londres), vol. 23 (1960), pág. 201, la Corte de Casación declinó su jurisdicción en un procedimiento incoado por un ciudadano italiano con respecto a su empleo en una base militar estadounidense, establecida en Italia de conformidad con el Tratado del Atlántico Norte, por ser attività pubblicistica relacionada con las funzioni pubbliche o politiche del Gobierno de los Estados Unidos. El acto del nombramiento se efectuó en ejercicio de prerrogativas del poder público y, por ello, fue considerado atto di sovranità.

En el caso Rappresentanza commerciale dell'U.R.S.S. v. Kazmann (1933), Rivista... (Roma), 25° año (1933), pág. 240; Annual Digest..., 1933-1934 (Londres), vol. 7 (1940), pág. 178, caso N° 69, relativo a una demanda por despido injusto presentada por un ex empleado de la sucursal de Milán de la Delegación Comercial Soviética, el Tribunal de Casación de Italia mantuvo el principio de inmunidad. Este fallo se convirtió en un precedente destacado que siguieron otros tribunales italianos en otros asuntos, como el de Little v. Riccio e Fischer (Tribunal de Apelación de Nápoles, 1933); (Rivista..., 26° año (1934), pág. 110) (Tribunal de Casación, 1934) (Annual Digest..., 1933-1934, op. cit., pág. 177, caso N° 68); el Tribunal de Apelación de Nápoles y el Tribunal de Casación declinaron su jurisdicción en la causa por despido injusto de Riccio, empleado en un cementerio propiedad de la Corona británica y "mantenido por Gran Bretaña jure imperii en beneficio de sus nacionales en cuanto tales y no para ellos como particulares". Asimismo, en otro caso, Luna v. Repubblica socialista di Romania (1974) (Rivista... (Milán), vol. LVIII (1975), pág. 597), relativo a un contrato de trabajo concertado por un organismo económico que formaba parte de la embajada rumana en Roma, el Tribunal Supremo rechazó la reclamación de Luna, consistente en 7.799.212 liras de indemnización por la remuneración basada en el contrato de trabajo. El Tribunal consideró que esas relaciones laborales quedaban fuera de la jurisdicción italiana.

Véase la práctica de los tribunales neerlandeses, por ejemplo, en el asunto M. K. v. Republic of Turkey (Tribunal de Subdistrito de La Haya, 1° de agosto de 1985, Institute's Collection N° R 2569; Netherlands Yearbook of International Law, vol. XIX, pág. 435 (1988)), relativo a la solicitud de una declaración de nulidad respecto del despido de un secretario neerlandés empleado en la Embajada turca en La Haya. El tribunal sostuvo que la concertación de un contrato de trabajo con un empleado de oficina neerlandés que no tenía la condición de diplomático o de funcionario era un acto que el demandado realizaba en pie de igualdad con una persona natural o jurídica en virtud del derecho privado y que no se trataba en absoluto de un acto puramente gubernamental; el demandado, que estaba representado por su

considera como un acto unilateral de potestad soberana. Lo mismo puede decirse de los actos de "despido" o "destitución" de un empleado público por el Estado, que normalmente se efectúan al concluir una investigación como parte de la jurisdicción disciplinaria o de supervisión ejercida por el Estado empleador. Este apartado cubre también aquellos casos en que el empleado trata de obtener la renovación del contrato o la reposición después de la terminación intempestiva de su contrato. La regla de la inmunidad se aplica solamente a los procedimientos relativos a la contratación, renovación del contrato o reposición de un candidato, sin perjuicio de los posibles recursos de que se disponga en el Estado del foro para obtener indemnización o

---

embajador, efectuaba una transacción legal en pie de igualdad con una persona natural o jurídica en virtud del derecho privado. El tribunal decidió en consecuencia que el alegato de inmunidad del demandado debía rechazarse y además que como el demandado había comunicado el despido sin el consentimiento del director de la Oficina de empleo regional [Gewestelijk Arbeidsbureau] sin el consentimiento de K y sin que existiera ninguna razón urgente o se hubiera alegado siquiera, el despido era nulo.

Véase también la práctica de los tribunales españoles, por ejemplo, en el asunto E. B. M. c. Guinea Ecuatorial (Tribunal Supremo, 10 de febrero de 1986, resumen en Revista Española de Derecho Internacional, 1988, vol. 40, II, pág. 10), relativo a la solicitud de un nacional español para su readmisión como recepcionista en la Embajada de Guinea Ecuatorial. El tribunal dijo que conceder inmunidad de jurisdicción a Guinea Ecuatorial implicaría una extensión por analogía de las normas sobre inmunidad diplomática y el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción absoluta de los Estados como principio básico o norma consuetudinaria de derecho internacional, siendo así que este principio estaba siendo discutido actualmente por la doctrina y los tribunales nacionales estaban ejerciendo su jurisdicción sobre Estados soberanos en materias pertenecientes a la esfera del acta jure gestionis; y en el asunto D. A. c. Sudáfrica (Tribunal Supremo, 1° de diciembre de 1986, resumen en Revista Española de Derecho Internacional, 1988, vol. 40, II, pág. 11) en el que el tribunal apoyó la solicitud de readmisión de un nacional no español como secretario en la Embajada de Sudáfrica, afirmando que los acta jure gestionis eran una excepción a las normas generales sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Por lo que respecta a la práctica de los tribunales belgas véase por ejemplo el asunto Castanheira c. Office commercial du Portugal (1980) (Tribunal del Trabajo de Bruselas, resumen en Revue belge de droit international, 1986, vol. 19, pág. 368), que se refería al contrato de trabajo entre un nacional portugués y la entidad pública portuguesa Fundo de Fomenteo de Exportaçao. El tribunal sostuvo que si bien, como emanación del Estado, la entidad podía en principio gozar de inmunidad de jurisdicción, el contrato de trabajo tenía las características de un acte de gestion privée. Por consiguiente, se denegó la inmunidad.

compensación por "despido injusto" o por incumplimiento de la obligación de contratar o de renovar el contrato. En otras palabras, este apartado no impide que un empleado ejercite una acción contra el Estado empleador en el Estado del foro en demanda de indemnización por daños o perjuicios resultantes de la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la readmisión de una persona. En segunda lectura la Comisión sustituyó las palabras "el procedimiento se refiere a", aprobadas en primera lectura, por las palabras "el objeto del proceso es" para aclarar este punto concreto. La nueva redacción tiene por objeto poner en claro que el alcance de la excepción se limita a los actos concretos a que se refiere el apartado y que corresponden legítimamente a la facultad discrecional del Estado empleador.

11) El apartado c) del párrafo 2 favorece también la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado cuando el empleado no sea nacional del Estado del foro ni residente habitual en el mismo. La fecha que cuenta en una u otra de estas condiciones está determinada por el momento de la celebración del contrato de trabajo. Si se adoptase una fecha diferente, por ejemplo el momento en que se promueve el proceso, surgirían nuevas complicaciones, puesto que podría haber incentivos para cambiar de nacionalidad o para establecer la residencia habitual o permanente en el Estado del foro, limitando injustamente así la inmunidad del Estado empleador. La protección del Estado del foro se circunscribe a la mano de obra local, que comprende los nacionales del Estado del foro y los que sin ser nacionales de ese Estado residen habitualmente en él. Sin el vínculo de la nacionalidad o de la residencia habitual, el Estado del foro carece del fundamento esencial para reclamar prioridad para su derecho laboral aplicable y su jurisdicción frente a un Estado extranjero empleador, pese a la conexión territorial con respecto al lugar de contratación del empleado y al lugar de ejecución de los servicios en virtud del contrato.

12) Otra importante garantía para proteger los intereses del Estado empleador es la que ofrece el apartado d) del párrafo 2. El hecho de que el empleado tenga la nacionalidad del Estado empleador en el momento de promover el procedimiento es concluyente y determina la aplicación de la regla de la inmunidad frente a la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro. Entre el Estado y sus nacionales, ningún otro Estado puede reclamar prioridad de jurisdicción en cuestiones derivadas de los contratos de trabajo. En el Estado empleador existen recursos y posibilidades de acceso a los tribunales.

Si la ley que se ha de aplicar es el derecho administrativo o el derecho laboral del Estado empleador o de cualquier otro Estado, carece de importancia en este punto.

13) En el apartado e), último del párrafo 2, se prevé la libertad de contratación, incluida la elección del derecho aplicable y la posibilidad de elegir foro o forum prorogatum. Esta libertad no es ilimitada. Está sujeta a consideraciones de orden público y, en algunos sistemas, de "buena conciencia moral y popular", en virtud de las cuales se reserva la jurisdicción exclusiva a los tribunales del Estado del foro por razón de la materia objeto del proceso.

14) Las reglas formuladas en el artículo 11 parecen estar en consonancia con la tendencia que aparece en las normas legislativas recientes y en la práctica de los tratados de un creciente número de Estados 161/.

15) Se hizo observar en la Comisión que la disposición del apartado c) del párrafo 2 podría privar de toda protección jurídica a las personas que no fuesen nacionales del Estado del foro ni residentes habituales en él en ese momento.

161/ Con respecto a la disposición del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11 véase, por ejemplo, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 4 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido (The Public General Acts, 1978, parte 1, cap. 33, pág. 715; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 41 y ss.), que dispone que la no inmunidad del Estado prevista en el párrafo 1 de ese artículo no se aplica si:

> "b) en el momento en que se concertó el contrato el individuo no era ni nacional del Reino Unido ni residente habitual en él; ..."

El apartado b) del párrafo 2 del artículo 6 del Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán (The Gazette of Pakistan (Islamabad), 11 de marzo de 1981; reproducido en Naciones Unidas Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 20 y ss.); el apartado b) del párrafo 2 del artículo 6 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur (1979 Supplement to the Statutes of the Republic of Singapore; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 28 y ss.); el apartado b) del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 34 y ss.), el párrafo 3 del artículo 12 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia y el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 (Consejo de Europa, European Convention on State Immunity and Additional

Artículo 12

Lesiones a las personas y daños a los bienes

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

Comentario

1) Este artículo establece una excepción a la norma general de la inmunidad de los Estados en la esfera de la responsabilidad civil o extracontractual dimanante de un acto o una omisión que ha causado lesiones a una persona o daños o pérdida de bienes corporales 162/.

2) Esta excepción a la regla de la inmunidad sólo se aplica en los casos o circunstancias en que el Estado interesado habría sido responsable en virtud de la lex loci delicti commissi. Aunque, como norma, el Estado goza de inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, la excepción prevista en esta disposición excluye la inmunidad.

3) La excepción contenida en este artículo tiene por objeto, en consecuencia, proporcionar un recurso o una posibilidad de acudir a los tribunales a los particulares en caso de lesiones o muerte de una persona o de

---

Protocol, European Treaty Series (Estrasburgo), N° 74 (1972)) están redactados en términos parecidos.

El apartado a) del párrafo 2 del artículo 4 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido; el apartado a) del párrafo 2 del artículo 6 del Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán y el de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur; el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica y el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972, conceden inmunidad al Estado empleador si el empleado es nacional de ese Estado en el momento en que se inicia el procedimiento.

162/ Véase la práctica de los Estados mencionada en el quinto informe del anterior Relator Especial (Anuario..., 1983, vol. II (Primera parte); A/CN.4/363 y Add.1, párrs. 76 a 99). Véase también el artículo 13 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia.

daño o pérdida de bienes corporales como consecuencia de un acto o una omisión que puede ser intencional, accidental o causado por negligencia atribuible a un Estado extranjero. Puesto que el acto o la omisión que ha causado el daño se ha producido en el territorio del Estado del foro, la ley aplicable es claramente la lex loci delicti commissi y el tribunal más idóneo es el del Estado donde se cometió el delito. Un tribunal extranjero respecto al lugar de comisión del delito podría considerarse un forum non conveniens. Si el Estado tuviese derecho a invocar su inmunidad jurisdiccional, la persona lesionada se vería privada de la posibilidad de acudir a la justicia.

4) Por otra parte, las lesiones a una persona, incluidas las que originan la muerte, o los daños a un bien corporal que causan la pérdida total o un perjuicio menor, parecen estar limitadas principalmente a los riesgos asegurables. Los tipos de daños previstos en el artículo 12 se refieren principalmente a la muerte o lesiones accidentales de personas o daños a bienes corporales causados en accidentes de tráfico, en los que intervienen, por ejemplo, vehículos automóviles, motocicletas, locomotoras o embarcaciones de motor. En otras palabras, el artículo abarca la mayoría de los accidentes ocurridos en el transporte de bienes y personas por ferrocarril, por carretera, por vías de navegación interior o por vía aérea. Esencialmente, la excepción a la norma de la inmunidad impedirá que una compañía de seguros se escude en la inmunidad del Estado para eludir su responsabilidad para con las personas perjudicadas. Además, el ámbito de aplicación del artículo 12 es lo suficientemente amplio para comprender también los daños corporales o los daños materiales de carácter intencional, como las agresiones o lesiones voluntarias, los daños intencionales a los bienes, el incendio criminal o incluso el homicidio o el asesinato político 163/.

163/ Véanse, por ejemplo, las posibilidades abiertas en el asunto Letelier v. Republic of Chile (1980) (Estados Unidos de América, Federal Supplement, vol. 488 (1980), pág. 665). Véase también H. D. Collums, "The Letelier case: Foreign sovereign liability for acts of political assassination", Virginia Journal of International Law (Charlottesville, Va.), vol. 21 (1981), pág. 251. Chile-United States Agreement to Settle Dispute Concerning Compensation for the Deaths of Letelier and Moffit, hecho en Santiago, 11 de junio de 1990, International Legal Materials, vol. XXX, pág. 421 (1991). Véase también Olsen v. México (729 F.2d, pág. 641, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 9th. Cir., 30 de marzo de 1984. Modificado el 16 de julio de 1984); Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics (761 F.2d, pág. 370, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 7th. Cir., 1° de mayo de 1985); Gerritsen v. De La Madrid

5) El artículo 12 no comprende los casos en que no hay un daño corporal o material. El daño a la fama de una persona o la calumnia no son una lesión a la persona en el sentido de daño material, como tampoco la injerencia en los derechos contractuales o cualesquiera otros derechos, incluidos los económicos o sociales, constituye un daño a un bien corporal.

6) Para que se aplique esta excepción, deben concurrir dos condiciones acumulativas. El acto o la omisión que ha causado la muerte, las lesiones o el daño debe haberse producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro para que el locus delicti commissi esté situado dentro del territorio del Estado del foro. Además, el autor de ese acto u omisión tiene que haber estado presente en ese Estado en el momento del acto o la omisión, con objeto de hacer más estrecho el vínculo territorial entre el Estado del foro y el autor o particular cuyo acto u omisión ha sido la causa del daño en el Estado del foro.

7) La segunda condición, es decir, la condición de que el autor del acto u omisión que ha causado las lesiones o el daño se encontrase en el territorio del Estado del foro en el momento del acto o la omisión, se ha incorporado para precisar claramente que se excluyen de la aplicación de este artículo los casos de lesiones o daños transfronterizos, tales como la exportación de explosivos, fuegos de artificio o sustancias peligrosas que podrían explotar u ocasionar daños por negligencia, inadvertencia o accidente. Es evidente también que están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 12 los tiroteos o disparos a través de una frontera o las bombas que van a caer al

---

(819 F.2d, pág. 1511. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 9th. Cir., 18 de junio de 1987); Helen Liu v. The Republic of China (Tribunal de Apelaciones, 9th Cir., 29 de diciembre de 1989. International Legal Materials, vol. XXIX, pág. 192 (1990)). Sin embargo, tales actos, e incluso los ataques armados cometidos fuera del territorio del Estado del foro, se excluyen de la aplicación de este artículo. Véase por ejemplo, Estados Unidos: McKeel v. Islamic Republic of Iran (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 9th. Cir., 30 de diciembre de 1983, International Law Reports, vol. 81, pág. 543 (1990)); Pérez et al. v. The Bahamas, Tribunal de Apelaciones, Circuito del distrito de Columbia. 28 de abril de 1981, International Law Reports, vol. 63, pág. 601 (1982); Berkovitz v. Islamic Republic of Iran and Others. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 9th. Cir., 1° de mayo de 1984, International Law Reports, vol. 81, pág. 552 (1990); Argentina Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., (488 U.S. 428 Corte Suprema de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989. The American Journal of International Law, vol. 83, pág. 565 (1989)).

otro lado de la frontera con ocasión de un conflicto armado, que constituyen claras violaciones del territorio de un Estado vecino conforme al derecho internacional público. El artículo 12 trata fundamentalmente de los accidentes que se producen ordinariamente dentro del territorio del Estado del foro, los que en muchos países puede exigir aún la renuncia expresa a la inmunidad del Estado para que se pueda ejercitar la acción de reclamación de daños y perjuicios, incluso cuando la reparación se exija a una compañía de seguros, que es la que en definitiva ha de reparar 164/.

8) La base de la asunción y ejercicio de la jurisdicción en los casos comprendidos en esta excepción es la territorialidad. El locus delicti commissi proporciona un vínculo territorial esencial sea cual fuere la motivación del acto u omisión, ya sean intencionales o incluso dolosos, o se deban a un accidente o a negligencia, inadvertencia, imprudencia temeraria o descuido, y desde luego al margen de la naturaleza de las actividades de que se trate, ya sean acta jure imperii o acta jure gestionis. Esta distinción ha sido aceptada en la jurisprudencia de algunos Estados 165/ referente a

---

164/ Esta excepción es todavía más necesaria en los países en los que no se puede demandar directamente a la compañía de seguros. En otros países, la legislación exige la contratación de un seguro obligatorio para los representantes de Estados extranjeros, por ejemplo, la U.S. Foreign Missions Amendments Act of 1983 (public law, 98-164 de 22 de noviembre de 1983, título IV, sec. 603 (United States Statutes at Large, 1983, vol. 97, pág. 1042)), que reforma el United States Code, título 22, sec. 204.

165/ Véanse, por ejemplo, los fallos dictados en Bélgica, en el caso S.A. "Eau, gaz, électricité et applications" v. Office d'aide mutuelle (1956) (Pasicrisie belge (Bruselas), vol. 144 (1957), parte 2, pág. 88; International Law Reports, 1956, vol. XXIII (1960), pág. 205); en la República Federal de Alemania, en Immunity of United Kingdom from Jurisdiction (Germany) (1957) (International Law Reports, 1957, vol. XXIV (1961), pág. 207); en Egipto, en el asunto Dame Safia Guebali v. Colonel Mei (1943) (Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes (Alejandría), vol. 55 (1942-1943), pág. 120; Annual Digest..., 1943-1945 (Londres), vol. 12 (1949), pág. 164, caso N° 44); en Austria, en el asunto Holubek v. Government of the United States (1961) (Juristische Blätter (Viena), vol. 84 (1962), pág. 43; International Law Reports, vol. XL (1970), pág. 73); en el Canadá, en el asunto Carrato v. United States of America (1982) (141 D.L.R. (3d.), pág. 456. Tribunal Superior de Ontario; Canadian Yearbook of International Law, vol. XXII, pág. 403 (1984)); y en los Estados Unidos en el asunto Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, United States Brief Submitted to Supreme Court in Response to Court's Invitation in Reviewing Petition for a Writ of Certiorari (International Legal Materials, vol. 24, pág. 427 (1985)).

accidentes de tráfico ocurridos en el curso del desempeño de funciones oficiales o militares. Así como se ha aceptado la inmunidad para los actos jure imperii, en cambio se ha rechazado para los actos jure gestionis. La excepción propuesta en el artículo 12 no establece tal distinción, sin perjuicio de la reserva contenida en la frase inicial, que efectivamente permite aplicar normas diferentes a cuestiones específicamente recogidas en tratados, acuerdos bilaterales o acuerdos regionales que determinen o limiten el grado de responsabilidad o la cuantía de la indemnización o estipulen un procedimiento diferente para la solución de controversias 166/.

9) En resumen, el artículo 12 tiene por objeto permitir el desarrollo normal del proceso y proporcionar al individuo que ha sufrido un daño en su persona o en la persona de quien sea causahabiente, o en sus bienes, la posibilidad de ejercer la acción de reparación a que normalmente da derecho ese daño. El derecho a la acción está vinculado al hecho de haberse producido u ocasionado un daño material en el Estado del foro, siempre que en ese momento se encontrara físicamente presente en él el autor del acto o la omisión que ha ocasionado el daño y del cual el Estado es responsable a tenor de la ley del Estado del foro, que es también la lex loci delicti commissi.

10) La Comisión añadió en segunda lectura la palabra "pecuniaria" después de la palabra "indemnización" para aclarar que esta última no incluía ninguna forma de indemnización no pecuniaria. Las palabras "el autor del acto" deben entenderse referidas a agentes o funcionarios de un Estado que ejerzan sus funciones oficiales y no necesariamente al Estado mismo como persona jurídica. La expresión "atribuible al Estado" tiene por objeto también establecer una distinción entre los actos de esas personas que no son atribuibles al Estado y los que sí lo son. La referencia a un acto u omisión atribuible al Estado no afecta sin embargo a las normas de la responsabilidad del Estado. Cabe destacar que el presente artículo no trata de la cuestión de la responsabilidad del Estado, sino estrictamente de la no inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado con relación a los daños causados por un acto u omisión de los agentes o empleados del Estado "presuntamente" atribuible a dicho Estado. La atribución de responsabilidad

---

166/ Entre otros ejemplos, pueden citarse los distintos acuerdos sobre el régimen de las fuerzas armadas y los convenios internacionales sobre aviación civil o sobre el transporte de mercancías por mar.

al Estado en cuestión queda claramente fuera del ámbito del presente artículo. Tampoco afecta este artículo a la cuestión de las inmunidades diplomáticas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, ni es aplicable a las situaciones de conflicto armado.

11) Algunos miembros expresaron reservas acerca del amplísimo ámbito del artículo y de las consecuencias que podría tener para la responsabilidad de los Estados. A su juicio, la protección de las víctimas individuales quedaría asegurada eficazmente mediante negociaciones por vías diplomáticas o mediante seguros.

Artículo 13

Propiedad, posesión y uso de bienes

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la determinación:

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

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

c) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes, como bienes en fideicomiso, bienes integrantes de la masa de la quiebra o bienes de una sociedad en caso de disolución.

Comentario

1) El artículo 13 trata de una importante excepción a la norma de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción del tribunal de otro Estado, independientemente de la inmunidad del Estado en el caso de un procedimiento de embargo y ejecución de sus bienes. Conviene recordar que, con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 6 167/, puede invocarse la inmunidad del Estado aunque la acción no haya sido ejercida directamente contra un Estado extranjero, sino que esté simplemente encaminada a privar a ese Estado

---

167/ Véase el artículo 6 y su comentario.

de sus bienes o del uso de bienes que estén en su posesión o bajo su control. Por consiguiente, el artículo 13 está destinado a establecer una excepción a la regla de la inmunidad de los Estados. Sin embargo, la disposición del artículo 13 ha de entenderse sin perjuicio de las prerrogativas e inmunidades de que goza un Estado con arreglo al derecho internacional en relación con los bienes de misiones diplomáticas y otras oficinas de representantes de un gobierno, como se dispone en el artículo 3.

2) Esta excepción, que no ha tropezado con ninguna oposición seria en la práctica judicial y gubernamental de los Estados 168/, se formula en unos términos que tienen que responder a los diferentes criterios de los gobiernos y a las diversas teorías en lo que se refiere al fundamento del ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de otro Estado en el que, en la mayoría de los casos, están situados los bienes, sobre todo los bienes inmuebles. Según la mayoría de los autores, el artículo 13 constituye una excepción clara y bien establecida, pero algunos otros consideran todavía que no es una verdadera excepción, puesto que un Estado tiene la posibilidad de optar por participar en el proceso para hacer valer su derecho o interés sobre los bienes que constituyen el objeto de la decisión o litigio.

168/ Véase el quinto informe del anterior Relator Especial, (Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1, párrs. 116 a 140). Por lo que respecta a las decisiones judiciales, cabe mencionar una decisión de un tribunal de Tokio en Limbin Hteik Tin Lat v. Union of Burma (1954) y la opinión del tribunal (ibid., párr. 117), así como la opinión de Lord Denning, Master of the Rolls, en el asunto Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan, Ministry of Food and Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies (1975), (ibid., párr. 118). Para la doctrina británica del fideicomiso, véanse los asuntos citados en los párrafos 120 a 122 del quinto informe. En otras jurisprudencias se ha reconocido también esta excepción, sobre todo en la jurisprudencia italiana (ibid., párr. 122). Véase no obstante la decisión de un tribunal brasileño en el asunto Republic of Siria v. Arabe Republic of Egypt (Tribunal Supremo, sin fecha) mencionada más arriba, nota 117. Por lo que se refiere a las disposiciones legislativas pertinentes cabe mencionar el artículo 56 del Decreto-ley de Hungría N° 13 de 1979 (ibid., párr. 125), el artículo 29 del Decreto N° 62-041 de Madagascar, de 19 de septiembre de 1962 (ibid., párr. 126), el artículo 14 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia y las respuestas al cuestionario de la Secretaría (ibid., párrs. 127 y 128). Véanse también, por lo que respecta a otras disposiciones legislativas, las convenciones internacionales y las opiniones internacionales (ibid., párrs. 130 a 139). Véanse además los comentarios y observaciones de los gobiernos analizados en el informe preliminar del actual Relator Especial (A/CN.4/415 y Corr.1 y 2. párrs. 1, 2 y 7 a 9).

3) El artículo 13 enumera los diversos tipos de procesos concernientes o relativos a la determinación de un derecho o interés de un Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, la posesión o el uso de esos bienes, o una obligación del Estado nacida de su interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes. El artículo 13 no tiene por objeto conferir jurisdicción a un tribunal cuando ésta no existe. De ahí que se utilice la expresión "por lo demás competente" para precisar que el tribunal del otro Estado debe ser competente con respecto al proceso. La expresión "por lo demás" denota simplemente la existencia de jurisdicción en circunstancias normales, si no se plantease la cuestión de la inmunidad del Estado. Se entiende que el tribunal es competente para ello en virtud de las reglas aplicables de derecho internacional privado.

4) El apartado a) trata de la cuestión de los bienes inmuebles, en los que debe concurrir la circunstancia de estar, "situados en el Estado del foro". Este apartado no plantea en general ninguna controversia, debido al predominio generalmente aceptado de la aplicabilidad de la lex situs y la competencia exclusiva del forum rei sitae. No obstante, la expresión "right or interest" en este apartado plantea algunas dificultades semánticas. El derecho aplicable al régimen de bienes, especialmente derechos reales o bienes inmuebles, contiene muchas peculiaridades y sutilezas dentro de cada ordenamiento jurídico interno. Así, se utiliza la fórmula "right or interest" para indicar la totalidad de todos los derechos o intereses que un Estado pueda tener en cualquier sistema jurídico. El texto francés del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972, utiliza en el artículo 9 el término droit, en la acepción más amplia, sin la adición de la palabra intérêt. En este sentido, conviene señalar también que la "posesión" no siempre se considera un "derecho", a menos que se trate de prescripción adquisitiva o de possessio longi temporis, nec vi nec clam nec precario, que pueda crear un "derecho" o un "interés", según la terminología jurídica utilizada en un determinado sistema jurídico. La expresión española equivalente que se ha adoptado es "derecho o interés".

5) El apartado b) se refiere al derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, de donación o de ocupación de bien vacante. Queda claramente entendido que, si el procedimiento no se refiere exclusivamente a bienes muebles o inmuebles situados dentro de la jurisdicción territorial del Estado del foro, puede ser

que haya que sustanciar además un proceso separado con objeto de determinar tal derecho o interés ante el tribunal del Estado donde estén situados los bienes inmuebles, esto es el forum rei sitae.

6) El apartado c) no concierne o se refiere forzosamente a la determinación de un derecho o interés del Estado respecto de unos bienes, pero se incluye en el párrafo 1 para prever el caso de muchos países, sobre todo de los países con sistemas de common law, donde el tribunal ejerce cierta jurisdicción de control u otras funciones con respecto a la administración de bienes en fideicomiso o de bienes poseídos de otro modo a título fiduciario; de bienes que forman parte del patrimonio de una persona fallecida, un demente o un quebrado o de bienes de una sociedad, en el caso de su liquidación. Esa jurisdicción de control se ejerce de modo puramente incidental, pues el procedimiento puede en ciertos aspectos suponer la determinación o comprobación de derechos o intereses de todas las partes interesadas, entre ellas, en su caso, los de un Estado extranjero. Tomando en cuenta los comentarios y observaciones de gobiernos, así como de miembros de la Comisión, el presente apartado c) recoge en un solo apartado los apartados c), d) y e) del párrafo 1 inicial aprobados en primera lectura.

7) El antiguo párrafo 2 169/, que se incluyó en el texto del artículo aprobado provisionalmente en primera lectura, no obstante la opinión de algunos miembros, se ha suprimido habida cuenta del hecho de que, habiendo elaborado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 2 la definición del término "Estado", se ha reducido mucho la posibilidad de que se incoe un proceso en el que resulten afectados bienes, derechos, intereses o actividades de un Estado cuando el Estado no figura como parte. Aun cuando se planteara ese caso, ese Estado podía evitar que sus bienes, derechos, intereses o actividades resultaran afectados proporcionando pruebas prima facie de su título o prueba de que la posesión se había obtenido en conformidad con el derecho local.

169/ Anuario..., 1986, vol. II (Segunda parte), pág. 10.

Artículo 14

Propiedad intelectual e industrial

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo:

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

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

Comentario

1) El artículo 14 trata de una excepción a la regla de la inmunidad del Estado cuya importancia práctica va en aumento. Se relaciona con una rama especializada del derecho interno en materia de propiedad intelectual o industrial. Abarca amplios sectores de interés desde el punto de vista del Estado del foro en que están protegidos esos derechos sobre la propiedad industrial o intelectual. En ciertas esferas concretas de la propiedad intelectual o industrial, las medidas de protección previstas en el derecho interno del Estado del foro se refuerzan mediante obligaciones internacionales contraídas por los Estados en forma de convenciones internacionales 170/.

2) La excepción prevista en el artículo 14 parece situarse entre la excepción de las "transacciones mercantiles", objeto del artículo 10, y la de "propiedad, posesión y uso de bienes" del artículo 13. La protección que depara el sistema interno de registro existente en varios Estados tiene por objeto promover la innovación y la creatividad y, al propio tiempo, regular y garantizar la competencia leal en el comercio internacional. La utilización indebida de una patente de invención o diseño industrial o de los derechos de autor sobre obras artísticas o literarias no siempre estará motivada por el

---

170/ Véase, por ejemplo, la Convención Universal sobre Derechos de Autor revisada en París el 24 de julio de 1971 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 943, pág. 178). Hay también en esta esfera un organismo especializado de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

lucro comercial o económico, pero invariablemente lesiona o vulnera los intereses comerciales de los fabricantes o productores, que por lo demás están protegidos en lo que respecta a la producción y distribución de los bienes de que se trata. La "propiedad intelectual o industrial", considerada en conjunto, constituye un tipo muy especial de derechos sobre unos bienes que son intangibles o incorporales, pero que pueden ser objeto de propiedad, posesión o uso, tal como se reconoce en diversos sistemas jurídicos.

3) Los términos utilizados en el título del artículo 14 son expresiones amplias y genéricas destinadas a abarcar las distintas formas, tipos, clases o categorías existentes y futuras de propiedad intelectual o industrial. Básicamente, los tres tipos principales de propiedad que se prevén en este artículo comprenden: las patentes y los diseños industriales, que pertenecen a la categoría de la propiedad industrial; las marcas de fábrica y los nombres comerciales, que pertenecen más al mundo de los negocios o del comercio internacional y guardan relación con cuestiones relativas a las prácticas comerciales restrictivas y a la competencia comercial desleal; y los derechos de autor o cualquier otra forma de propiedad intelectual. Así pues, los términos genéricos empleados en este artículo tienen por objeto abarcar toda la gama de formas de propiedad intelectual o industrial que pueden identificarse dentro de los grupos de derechos de propiedad intelectual o industrial, incluidos los derechos de los criadores de plantas y los relacionados con obras generadas por computadoras. Algunos derechos se hallan todavía en proceso de evolución, como los incluidos en el ámbito de la ciencia de las computadoras u otras formas de tecnología moderna y de electrónica que gozan de protección jurídica. Esos derechos no son fácilmente identificables como derechos de carácter industrial o intelectual. Por ejemplo, el equipo físico en un sistema de ordenadores es quizá de carácter industrial mientras, que los programas son más claramente de carácter intelectual y el soporte lógico inalterable puede situarse entre uno y otro. Las artes literarias y culinarias, que están protegidas también bajo el nombre de derechos de autor, podrían formar asimismo un grupo aparte. Los derechos de autor en relación con las composiciones musicales, canciones, representaciones y otros tipos de espectáculos están protegidos también bajo este epígrafe.

4) Los derechos de propiedad intelectual o industrial previstos en el presente artículo son protegidos por los Estados en el plano nacional y también en el internacional. La protección ofrecida por los Estados dentro de

su jurisdicción territorial varía según los tipos de propiedad industrial o intelectual de que se trate y el régimen especial o sistema organizado para la aplicación, el registro o la utilización de los derechos a los que se concede protección en el derecho interno.

5) La incorporación voluntaria de un Estado al sistema jurídico del Estado del foro que supone, por ejemplo, la presentación de una solicitud de registro de derecho de autor o el registro de tal derecho, así como la protección legal que ofrece el Estado del foro, proporcionan una sólida base jurídica para asumir y ejercer la jurisdicción. En general, la protección se concede al efectuar el registro, o incluso a veces al depositar o cumplimentar una solicitud de registro. En algunos Estados, antes de la aceptación efectiva de la solicitud de registro, cabe pensar en alguna medida de protección. Por consiguiente, ésta depende de la existencia y el alcance de la legislación nacional, así como del sistema de registro. Por ello, además de la existencia de la legislación interna apropiada, debe haber también un sistema efectivo de registro que ofrezca una base legal para la jurisdicción. La práctica de los Estados parece justificar la inclusión de este artículo 171/.

171/ La legislación interna adoptada desde 1970 apoya esta opinión. Véanse el artículo 7 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1978, del Reino Unido (véase más arriba, nota 161), el artículo 9 de la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de 1979, de Singapur (ibid.), el artículo 8 del Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, de 1981, del Pakistán (ibid.), el artículo 8 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (ibid.), el artículo 15 de la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1985, de Australia (ibid.). La Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976, de los Estados Unidos (United States Code, 1976 Edition, vol. 8, título 28, cap. 97, pág. 206; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 55 y ss.) no contiene una disposición concreta a este efecto. El apartado a) del párrafo 2 del artículo 1605 de esa Ley puede decirse que ha eclipsado, si no reemplazado sustancialmente, el uso de los derechos de autor y otros derechos similares. El Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972 (véase más arriba, nota 41), corrobora la opinión precedente en su artículo 8. Una decisión judicial importante que confirma esta opinión es la decisión del Tribunal Supremo de Austria en el caso Dralle v. Republic of Czechoslovakia (1950) (Osterreichische Juristen Zeitung (Viena), vol. 5 (1950), pág. 341, caso N° 356; International Law Reports, 1950, vol. 17 (1956), pág. 155, caso N° 41; Journal du droit international (Clunet) (París), vol. 77 (1950), pág. 749; reproducido (en inglés) en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities, págs. 183 y ss.).

6) El apartado a) del artículo 14 se refiere concretamente a la determinación de cualquier derecho del Estado sobre unos bienes de propiedad intelectual o industrial que gocen de protección jurídica. Se emplea aquí la expresión "determinación" para hacer referencia no sólo a la confirmación o verificación de la existencia de los derechos protegidos, sino también a la evaluación del fondo, incluido el contenido, el ámbito y el alcance de esos derechos.

7) Además, el procedimiento previsto en el artículo 14 no se limita a una acción contra el Estado o en relación con cualquier derecho del que sea titular el Estado, sino que puede afectar también a los derechos de terceros, y sólo a este respecto se plantearía la cuestión de los derechos del Estado sobre objetos de propiedad intelectual o industrial semejantes.

La determinación de los derechos pertenecientes al Estado puede ser incidental a la determinación de los derechos de terceros, si no inevitable para ello, determinación que es el objeto primordial del procedimiento.

8) El apartado b) del artículo 14 se refiere a una presunta infracción cometida por un Estado en el territorio del Estado del foro de cualquiera de los derechos antes mencionados de que sea titular un tercero y esté protegido en el Estado del foro. La infracción prevista en este artículo no ha de ser necesariamente consecuencia de actividades comerciales realizadas por un Estado con arreglo a lo previsto en el artículo 10 del presente proyecto de artículos; puede tomar también la forma de actividades con fines no comerciales. La existencia de dos condiciones es esencial para la aplicación de este párrafo. En primer lugar, la presunta inobservancia por un Estado de un derecho de autor, etc. ha de producirse en el territorio del Estado del foro. En segundo lugar, ese derecho de autor, etc., del tercero debe estar jurídicamente protegido en el Estado del foro. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de este artículo tiene unos límites. La falta de respeto de un derecho de autor por un Estado en su propio territorio, y no en el Estado del foro, no basta para fundar la jurisdicción del Estado del foro con arreglo a este artículo.

9) El artículo 14 enuncia una norma supletoria y ha de entenderse sin perjuicio del derecho de los Estados a formular sus propias leyes y políticas internas con respecto a la protección de la propiedad intelectual o industrial, de conformidad con las convenciones internacionales pertinentes en las que son partes, y a aplicarlas en el plano interno en consonancia con sus

intereses nacionales. Ha de entenderse también sin perjuicio del efecto extraterritorial de la nacionalización por un Estado de propiedad intelectual o industrial en su territorio. La cuestión del alcance concreto de los efectos extraterritoriales de la expropiación u otras medidas de nacionalización introducidas por el Estado con respecto a esos derechos en su territorio de conformidad con su legislación interna no está afectada por lo dispuesto en los presentes artículos.

10) Cabe hacer notar que la aplicación de la excepción a la regla de la inmunidad del Estado en el apartado b) de este artículo se limita a las infracciones cometidas en el Estado del foro. Todo Estado es libre de aplicar su propia política dentro de su territorio. La infracción de esos derechos en el territorio de otro Estado, por ejemplo la reproducción o distribución no autorizada de publicaciones protegidas por derechos de autor, no puede sustraerse al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales competentes del Estado en el que se han adoptado medidas de protección. El Estado del foro es igualmente libre de tolerar o permitir tales infracciones o de denegar recursos en relación con ellas en ausencia de un sistema internacionalmente organizado de protección de los derechos violados o lesionados en su territorio.

Artículo 15

Participación en sociedades u otras colectividades

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a su participación en una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella, y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad y los demás participantes, cuando ésta:

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

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

2. No obstante, un Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en tal proceso si los Estados interesados así lo han acordado, si las partes en litigio así lo han estipulado por acuerdo escrito o si el instrumento que establezca o por el que se rija la sociedad o colectividad de que se trate contiene disposiciones a tal efecto.

Comentario

1) El artículo 15 contiene una excepción a la regla de la inmunidad jurisdiccional de un Estado en un proceso incoado ante los tribunales de otro Estado en relación con la participación de aquel Estado en una sociedad u otra colectividad que ha sido establecida en el Estado del foro o tiene en él la sede de su dirección o su establecimiento principal. La sociedad en la cual participa el Estado puede tener personalidad jurídica propia o carecer de ella y tener una capacidad jurídica limitada.

2) La frase "una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella", utilizada en el artículo 15, se ha incluido deliberadamente con objeto de cubrir una amplia gama de entidades jurídicas, así como otras colectividades que carecen de personalidad jurídica. La fórmula escogida tiene por objeto abarcar diferentes tipos o categorías de entidades, colectividades y agrupaciones que reciben diferentes denominaciones, tales como sociedades de capital, asociaciones, sociedades colectivas y otras formas similares de colectividades que pueden existir en los diferentes ordenamientos jurídicos con diferentes estatutos y grados de capacidad jurídica.

3) La colectividad en la que, por tanto, puede participar el Estado junto con socios privados o miembros del sector privado puede tener fines de lucro, como es el caso de una compañía comercial, una empresa o cualquier otra entidad o colectividad comercial. Pero el Estado también puede participar en una colectividad que no tenga fines de lucro, por ejemplo una academia, un templo, una orden religiosa, una institución de beneficencia o una fundación piadosa o cualquier otra entidad filantrópica similar.

4) Por consiguiente, el artículo 15 se ocupa de las relaciones jurídicas en el seno de la colectividad o relaciones sociales, que en francés se denominan acertadamente "rapports sociétaires" es decir relaciones que comprenden los derechos y obligaciones del Estado en su condición de miembro de la colectividad con respecto a ésta, por una parte, y a los otros miembros de ella, por otra.

Párrafo 1

5) La aplicación de la regla de la no inmunidad enunciada en el párrafo 1 exige que concurran dos condiciones importantes. En primer lugar, la colectividad debe comprender participantes que no sean Estados u

organizaciones internacionales; en otras palabras, debe ser una sociedad o colectividad en la que participe el sector privado. Por lo tanto, las organizaciones internacionales y otras colectividades que se compongan exclusivamente de Estados o de organizaciones internacionales sin participación del sector privado están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 15.

6) En segundo lugar, la sociedad o colectividad debe haber sido constituida con arreglo a la ley del Estado del foro o tener en él su sede o su establecimiento principal. La sede es normalmente el lugar desde el cual está dirigida la entidad y el establecimiento principal es el lugar donde se realizan la mayor parte de sus actividades. La referencia al lugar de control que figuraba en el texto inglés del apartado b) del párrafo 1 provisionalmente aprobado en primera lectura se ha suprimido pues se estimó que la cuestión de la determinación de cómo un Estado controla una entidad con personalidad jurídica es muy polémica. La referencia se ha sustituido por otro criterio más fácilmente identificable, a saber la "sede" de la entidad, que se utiliza también en el artículo 6 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados.

7) Cuando un Estado participa en una sociedad o colectividad, por ejemplo adquiriendo o poseyendo acciones en una sociedad o convirtiéndose en socio de una sociedad organizada y administrada en otro Estado, ha entrado voluntariamente en el sistema jurídico de ese otro Estado y en una relación jurídica reconocida como vinculante conforme a ese sistema jurídico. En consecuencia, al hacerlo, el Estado participante, por decisión propia, está obligado a acatar las normas aplicables y el derecho interno del Estado donde ha sido constituida o inscrita la sociedad o donde ésta tiene su establecimiento principal. El Estado tiene también derechos y obligaciones en virtud de las disposiciones pertinentes de la escritura de constitución, los estatutos u otros instrumentos similares por los que se establecen sociedades. Las relaciones entre los accionistas o entre éstos y la sociedad o colectividad en cuestiones relacionadas con la formación, administración, dirección, funcionamiento, liquidación o distribución del activo de la entidad se rigen por la legislación del Estado donde ha sido constituida la sociedad, donde está inscrita o donde tiene su establecimiento principal. Los tribunales de esos Estados son los que están mejor calificados para aplicar esta rama especializada de su derecho interno.

8) La práctica de los Estados 172/ ha puesto de manifiesto cada vez con más claridad que las cuestiones dimanantes de las relaciones entre un Estado socio de una sociedad o colectividad y esta última o los demás socios de ella caen dentro de las materias abarcadas por esta excepción a la inmunidad de los Estados. Mantener la regla de la inmunidad de los Estados en las cuestiones derivadas de tales relaciones crearía inevitablemente un vacío de jurisdicción. Tiene que existir uno de los tres vínculos basados en una conexión territorial concreta con el Estado del foro para que sus tribunales puedan asumir y ejercer su jurisdicción. Estos vínculos son: la sede o el lugar donde se ha constituido la sociedad, con indicación del régimen de constitución, estatutos u otro instrumento constitutivo o el lugar donde está situado su domicilio legal o establecimiento principal (siège social ou statutaire).

Párrafo 2

9) La excepción concerniente a la participación de un Estado en sociedades u otras colectividades prevista en el párrafo 1 está sujeta a la salvedad de que acuerden otra cosa o pacten lo contrario los Estados interesados, esto es, el Estado del foro, que en este caso es también el Estado donde está constituida la sociedad o tiene su sede o establecimiento principal, por una parte, y el Estado contra el cual se inicia un procedimiento, por otra. Esta reserva particular se incluyó originariamente en el párrafo 1, pero se pasó al párrafo 2 en segunda lectura con miras a exponer claramente la norma general

---

172/ En apoyo de esta excepción pueden citarse una serie de leyes promulgadas recientemente en distintos países. Véase por ejemplo el artículo 8 de la Ley del Reino Unido de 1978 (The Public General Acts, 1978, parte I, cap. 33, pág. 715; reproducida en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 41 y ss.); el artículo 10 de la Ley de Singapur de 1979 (ibid.); el artículo 9 del Decreto del Pakistán de 1981 (ibid.); el artículo 9 de la Ley de Sudáfrica de 1981 (ibid.); y el artículo 16 de la Ley de Australia de 1985.

El apartado 2 del párrafo a) del artículo 1605 de la Ley de los Estados Unidos de 1976 (The United States Code, edición de 1976 , vol. 8, tit. 28, cap. 97, pág. 206; reproducido en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities..., págs. 55 y ss.), el Convenio Europeo de 1972 (véase más arriba, nota 41) y el proyecto de convención interamericana sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados (OEA/Ser.G-CP/doc.1352/83 de 30 de marzo de 1983) parecen haber incluido una excepción semejante dentro de un título más amplio referente a las actividades comerciales o mercantiles realizadas o iniciadas en el Estado del foro.

de la no inmunidad en el párrafo 1 y refundir todas las cláusulas de reserva en el párrafo 2. En el párrafo 2 se reconoce también la libertad de las partes en litigio de pactar disposiciones contrarias a la excepción a la regla de la inmunidad enunciada en el párrafo 1. Además, las partes en las relaciones sociales (rapports sociétaires) pueden acordar que el Estado, en su condición de miembro o socio, siga gozando de inmunidad, o que podrán escoger o designar cualquier tribunal o procedimiento para solucionar las diferencias que puedan surgir entre ellos o con la propia sociedad. En particular, el instrumento por el que se establece o regula esa sociedad puede contener disposiciones contrarias a la norma en virtud de la cual el Estado, en su condición de miembro, socio o participante, no goza de inmunidad de jurisdicción respecto del tribunal así escogido o designado. Al suscribir las estipulaciones del instrumento de la sociedad, el Estado manifiesta su consentimiento en acatar las normas contenidas en tal instrumento, entre ellas la elección de la ley o de la jurisdicción. La frase "el instrumento que establezca o por el que se rija la sociedad o colectividad de que se trate" debe entenderse en el sentido de que se aplica únicamente a los dos instrumentos fundamentales de una sociedad y no a cualquier otro tipo de reglamentación. Esta manifestación del consentimiento del Estado constituirá una renuncia válida a su inmunidad, como se prevé en el artículo 8.

Artículo 16

Buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado que sea propietario de un buque o que lo explote podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la explotación de ese buque si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial.

3. A los efectos de este artículo, por "proceso relativo a la explotación de ese buque" se entiende, en particular, cualquier proceso que tenga por objeto decidir sobre una demanda relativa:

a) a abordajes u otros accidentes de navegación;

b) a asistencia, salvamento o avería gruesa;

c) a reparaciones, avituallamiento u otros contratos concernientes al buque;

d) a consecuencia de la contaminación del medio marino.

4. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial.

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

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

7. Si en un proceso se suscita la cuestión del carácter público y no comercial de un buque de propiedad de un Estado o explotado por él, o de un cargamento de propiedad de un Estado, la presentación al tribunal de un certificado firmado por un representante diplomático u otra autoridad competente de ese Estado hará prueba del carácter del buque o el cargamento.

Comentario

1) El artículo 16 trata de un aspecto muy importante del derecho marítimo que guarda relación con el ejercicio del comercio exterior. Se titula "Buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado". El término "buque" en este contexto debe entenderse en el sentido de que comprende todas las categorías de buques de navegación marítima, aun cuando sólo se dediquen parcialmente al transporte marítimo. Esta disposición está redactada en forma de norma supletoria pues los Estados siempre pueden concertar acuerdos 173/

173/ Véase, por ejemplo, el Protocolo de 1° de marzo de 1974 al Tratado de 3 de abril de 1968 entre el Reino Unido y la Unión Soviética relativo a la marina mercante [Reino Unido, Treaty Series, N° 104 (1977)]. Véanse también los acuerdos marítimos celebrados entre la Unión Soviética y los Estados siguientes: Francia: Acuerdo de 20 de abril de 1967 (art. 14) (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1007, pág. 183); Países Bajos: Acuerdo de 28 de mayo de 1969 sobre navegación mercante (art. 16) (ibid., vol. 815, pág. 159); Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, República

que permitan, en régimen de reciprocidad o de otro modo, la aplicación de inmunidades jurisdiccionales respecto de los buques utilizados en un servicio comercial que sean de propiedad del Estado o sus organismos o explotados por ellos.

2) Los párrafos 1 y 3 tratan principalmente de los buques destinados a un servicio comercial, el párrafo 2 principalmente de los buques de guerra y buques auxiliares y los párrafos 4 y 5 del régimen jurídico del cargamento. El párrafo 4 enuncia la regla de la no inmunidad en procedimientos concernientes al transporte de un cargamento a bordo de un buque perteneciente a un Estado o explotado por él y dedicado a un uso distinto del servicio no comercial gubernamental. El párrafo 5 mantiene la inmunidad del Estado respecto de todo cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, así como de todo cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado exclusivamente para fines estatales no comerciales.

3) Las dificultades inherentes a la formulación de normas para la excepción prevista en el artículo 16 son de muy diversa naturaleza y no sólo lingüística. El uso del idioma inglés presupone el empleo de expresiones que, aun siendo de uso corriente en el common law, son desconocidas y no tienen equivalente en otros sistemas jurídicos. De ahí que expresiones como "suits in admiralty" (litigios en tribunales marítimos), "libel in rem" (demanda de indemnización en bien real), "maritime lien" (crédito marítimo privilegiado) y "proceedings in rem against the ship" (acción real contra el buque) no tengan mucho sentido en el contexto de los sistemas basados en el derecho romano u otros sistemas jurídicos distintos del common law. Los términos utilizados en el artículo 16 tienen por objeto ser de aplicación más general.

4) También plantea dificultades de orden conceptual la posibilidad de las acciones in rem dirigidas contra los buques, como el "writ" o mandamiento

---

Democrática Alemana y Rumania: Acuerdo de 3 de diciembre de 1971 sobre cooperación en materia de navegación marítima mercante (art. 13) (ibid., vol. 936, pág. 19); Argelia: Acuerdo de 18 de abril de 1973 sobre navegación marítima (art. 16) (ibid., vol. 990, pág. 211); Iraq: Acuerdo de 25 de abril de 1974 sobre navegación marítima mercante (art. 15); Portugal: Acuerdo de 20 de diciembre de 1974 sobre navegación marítima (art. 15); Cf. M. M. Boguslavsky, "Foreign State immunity: Soviet doctrine and practice", Netherlands Yearbook of International Law (Alphen aan den Rijn), vol. X (1979), págs. 173 y 174.

judicial que se fija en el palo mayor del buque, o la detención del buque en el puerto, o su embargo y su liberación bajo fianza. Existe además un procedimiento de embargo especial ad fundandam jurisdictionem. En algunos países es posible proceder contra otro buque mercante perteneciente al mismo propietario del buque al que se refiere la demanda, en virtud de lo que suele denominarse jurisdicción sobre "sister-ships" ("buques hermanos"), prevista en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima (Bruselas, 1952) 174/. El artículo 16 no debe interpretarse en el sentido de que reconoce sistemas tales como el embargo ad fundandam jurisdictionem o la jurisdicción sobre "buques hermanos" como norma generalmente aplicable. De ello se sigue que cuando se presenta una demanda contra un buque mercante de propiedad de un Estado o explotado por un Estado, otro buque mercante propiedad del mismo Estado o explotado por éste no puede ser sometido a un procedimiento in rem contra él.

5) El problema de los buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado y utilizados en actividades comerciales ordinarias no es nuevo. Así se desprende de la elocuente descripción hecha por un autor 175/ y lo confirma el hecho de que algunas Potencias marítimas consideraran necesario reunir una conferencia para aprobar sobre esta materia el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de Estado (Bruselas, 1926) 176/ y su Protocolo adicional (1934) 177/. El principal objeto del Convenio de Bruselas de 1926 era hacer una nueva clasificación de los buques de navegación marítima no atendiendo a la propiedad de la nave sino a la naturaleza de su explotación o su utilización, ya sea en servicio "gubernamental y no comercial" o en servicio "comercial".

174/ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 439, pág. 193.

175/ Véase, por ejemplo, G. van Slooten, "La Convention de Bruxelles sur le statut juridique des navires d'Etat", Revue de droit international et de législation comparée (Bruselas), 3a. serie, vol. VII, (1926), págs. 453 y ss., en especial pág. 457.

176/ Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CLXXVI, pág. 199.

177/ Ibid., pág. 214.

6) El texto del artículo 16 aprobado provisionalmente en primera lectura mantenía la dicotomía del servicio efectuado por los buques, clasificados conforme al doble criterio del uso "comercial y no gubernamental" o "gubernamental y no comercial". La expresión "gubernamental y no comercial" se utiliza en el Convenio de Bruselas de 1926 y la expresión "oficial no comercial" se utiliza en convenciones de carácter universal como la Convención sobre la Alta Mar (Ginebra, 1958) 178/ y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 179/, donde los buques se clasifican conforme a su utilización, esto es, el servicio público y no comercial contrapuesto al servicio comercial.

7) Algunos miembros de la Comisión, en el momento de aprobar el artículo en primera lectura, manifestaron dudas sobre este doble criterio, pues podía sugerir la posibilidad de una combinación muy distinta de los dos adjetivos, como la de servicio "comercial gubernamental" o servicio "comercial y gubernamental". Otros miembros, en cambio, juzgaron improbable esta interpretación y consideraron que los términos "comercial" y "no gubernamental" podían utilizarse simultáneamente. Otros agregaron que los Estados, especialmente los países en desarrollo, y otras entidades públicas, podían realizar actividades de carácter comercial y público sin someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Además, las compras de armamento, por ejemplo, solían efectuarse como operaciones entre gobierno y gobierno, incluido el transporte de ese armamento por cualquier tipo de porteador, lo que normalmente no estaría sometido al ejercicio de la jurisdicción de ningún tribunal nacional. La diversidad de puntos de vista llevó a la Comisión a mantener entre corchetes las expresiones "no gubernamental" y "no gubernamentales" en los párrafos 1 y 4 del artículo aprobado en primera lectura.

8) La Comisión, tras un nuevo debate, aprobó en segunda lectura la presente formulación, "para fines que no sean un servicio público no comercial" en los párrafos 1 y 4, eliminando así el problema del doble criterio.

178/ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 450, pág. 115.

179/ Documentos oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.34.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

9) Las palabras "explote" ("operate") y "explotación " ("operation") del párrafo 1 deben interpretarse teniendo en cuenta el Convenio de Bruselas de 1926 y la práctica de los Estados. Ambos términos se refieren a la explotación o utilización de buques para el transporte de mercancías y pasajeros por mar. El transporte de mercancías por mar es un tema importante del derecho mercantil internacional. La CNUDMI ha emprendido el estudio del tema y se ha propuesto una normativa o convenio tipo de derecho marítimo o del derecho del transporte marítimo de mercancías 180/ para que sirva de modelo a los países en desarrollo que deseen legislar sobre la materia. Abarca un vasto sector de las actividades marítimas, desde la organización de la marina mercante, la creación y construcción de una flota mercante, la formación de capitanes y tripulaciones, la creación de transitarios y agentes de manutención y la contratación de seguros marítimos. Otras cuestiones, más conocidas, son las que se refieren a la responsabilidad del porteador por el transporte de mercancías peligrosas o de animales, el vertido de hidrocarburos frente a la costa fuera del puerto, el abordaje, la asistencia y salvamento y las reparaciones, la avería gruesa, los salarios de la gente de mar, los créditos marítimos privilegiados y la hipoteca naval. El concepto de explotación de los buques mercantes o de buques utilizados en un servicio comercial se precisa hasta cierto punto por vía de ejemplo en el párrafo 3. La expresión "Estado que... explote un buque" abarca también la "posesión", el "control", la "gestión" y el "fletamento" de buques por un Estado, ya sea fletamento por tiempo, por viaje, a casco desnudo u otro.

10) Seguiría siendo posible proceder contra un Estado propietario de un buque cuando ese Estado haya transferido a una entidad independiente la explotación del mismo debido a la naturaleza especial de los procedimientos sustanciados en virtud de una acción real ante tribunales marítimos ("admiralty courts") o de un crédito marítimo privilegiado ("maritime lien") que pueden promoverse en algunos países de common law y que van dirigidos contra todas las personas que tengan un interés en el buque o el cargamento. En la práctica, un Estado que fuera propietario de un buque pero que no lo explotara no debería incurrir

---

180/ Véase el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. IX, 1978 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.80.V.8), pág. 232).

en responsabilidad alguna por su explotación, pues corresponde a la empresa o entidad explotadora asumir todas las responsabilidades derivadas de la explotación del buque. La disposición del párrafo 1 debe interpretarse en el sentido de que en un caso en que el buque es de propiedad de un Estado pero es explotado por una empresa estatal que tiene personalidad jurídica independiente, es la empresa estatal que explota el buque y no el Estado al que pertenece la que quedaría sujeta a jurisdicción ante el tribunal del Estado del foro. Cabe decir también que debería ser posible dejar que se promovieran acciones relativas a la explotación del buque sin implicar al Estado ni hacer entrar en juego su pretensión a la inmunidad jurisdiccional. En este caso no parece necesario ejercitar una acción in personam contra el Estado propietario del buque como tal Estado, especialmente si el hecho que ha dado lugar a la acción guarda relación con la explotación del buque, como en caso de abordaje, avería gruesa y transporte de mercancías por mar.
En cambio, si la acción se deriva de servicios por concepto de reparaciones o asistencia o salvamento prestados al buque, tal vez sea difícil en algunos sistemas jurídicos considerar que el propietario no saca provecho de las reparaciones o servicios prestados y que sólo el explotador es responsable. De producirse tal eventualidad, un Estado que fuera propietario del buque pero que no lo explotara podría hacer comparecer en su lugar al explotador, que en muchos casos es una empresa estatal, para responder de la queja o demanda que se interpusiera. La práctica está evolucionando lentamente en este sentido mediante acuerdos bilaterales.

11) El párrafo 2 enuncia la norma de la inmunidad de jurisdicción del Estado a favor de los buques de guerra y los buques auxiliares, aunque estas embarcaciones puedan emplearse ocasionalmente para el transporte de cargamentos destinados a fines como el de atender a una situación de urgencia o hacer frente a calamidades naturales. También se mantiene la inmunidad para otros buques de Estado, como las patrulleras de la policía, las lanchas de inspección aduanera, los buques-hospital, los buques destinados a las investigaciones oceanográficas, los buques escuela y dragas, propiedad del Estado o explotados por él y utilizados o destinados a ser utilizados para fines estatales no comerciales. Una disposición semejante figura en el artículo 3 de el Convenio Internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques de Estado, de 1926. La palabra "exclusivamente" se introdujo en segunda lectura en conformidad con el

artículo 96 de la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982. Sin embargo, algunos miembros expresaron reservas acerca del mantenimiento de la segunda mitad del texto que comienza con las palabras "ni a otros buques" basándose en que la referencia a "otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial" era innecesaria e ilógica habida cuenta de la disposición del párrafo 1.
Un miembro expresó también reservas acerca del empleo de la palabra "servicio" en el párrafo 2, declarando que debía sustituirse por la palabra "fines" como en el párrafo 1; dado que el párrafo 2 constituye una disposición consiguiente al párrafo 1, sería confuso utilizar diferentes términos para esas disposiciones correspondientes.

12) Es importante señalar que los párrafos 1, 2 y 4 se aplican a la "utilización" del buque. Con ello se quiere precisar la aplicación del criterio de la utilización del buque, que es real y presente. El criterio del uso previsto, que se incluyó en el texto aprobado provisionalmente en primera lectura se ha eliminado porque el párrafo 1 presupone la existencia de un hecho que da lugar a una acción relativo a la explotación del buque y ese hecho no es probable que surja si el buque no se utiliza realmente.
Por consiguiente la Comisión mantuvo en segunda lectura únicamente el criterio de la utilización real, tanto más cuanto que el criterio de la utilización prevista se consideraba muy vago y susceptible de causar dificultades en la práctica. Por la misma razón, el criterio de la utilización prevista se ha eliminado también en los párrafos 2 y 4. Sin embargo algunos miembros expresaron reservas acerca de la supresión de ese criterio. Un miembro señaló que un Estado A podía encargar a un astillero de un Estado B un buque destinado a la utilización comercial. Después de su construcción, el buque zarparía de un puerto del Estado B en dirección a un puerto del Estado A, y durante ese viaje el buque, aunque destinado a fines comerciales, no se utilizaría realmente para el transporte de carga. A su juicio la supresión de la utilización prevista creaba pues lagunas a este respecto.

13) La expresión "ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso" tiene por objeto remitir o reenviar a la jurisdicción de los tribunales competentes en virtud del derecho interno, incluido el derecho marítimo, del Estado del foro, que puede reconocer toda una vasta serie de derechos de acción diversos y admitir la posibilidad de optar entre diversos procedimientos, como el promovido ejercitando una acción personal contra el

propietario y el explotador o bien el consistente en interponer una acción contra el buque mismo, o los procedimientos ante tribunales marítimos o las acciones para ejecución de un crédito marítimo privilegiado o un título hipotecario. Los tribunales pueden ser competentes por diversas razones, entre ellas la presencia del buque en el puerto del Estado del foro, sin que tenga necesariamente que ser el mismo buque que ha causado daños en el mar o incurrido en otras responsabilidades, sino simplemente un buque mercante análogo del mismo propietario. En los sistemas de common law, los tribunales reconocen por lo general la posibilidad del embargo o la detención ad fundandam jurisdictionem de un "buque hermano" ("sister ship"), aunque una vez depositada la fianza se dejaría en libertad al buque y podría seguir el procedimiento. Sin embargo, como se ha indicado antes, el presente artículo no debe interpretarse en el sentido de que se reconoce esta práctica de common law como práctica universalmente aplicable. Así pues, la expresión "un proceso" se refiere a "cualquier tipo de proceso", sea cual fuere su naturaleza, tanto si se trata de acciones reales como de acciones personales, de procedimientos ante tribunales marítimos ("admiralty courts") o de otro tipo. Las normas establecidas en los párrafos 1 y 2 están corroboradas por la práctica estatal, tanto judicial como legislativa y gubernamental, así como por los tratados multilaterales y bilaterales 181/.

181/ Véase el sexto informe del anterior Relator Especial (Anuario..., 1984, vol. II (Primera parte), págs. 5 y ss., documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párrs. 136 a 230. Véase también, por lo que respecta a la práctica legislativa reciente, la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de 1981, de Sudáfrica (art. 11); Ley de los Estados Unidos por la que se modifica la Ley de sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros con respecto a la jurisdicción marítima, 1988, Public Law 100-640, 102 Stat. 3333 (artículo 1605 b) modificado y artículo 1610 modificado)).

Por lo que respecta a la práctica judicial reciente, véase por ejemplo, Canadá: Lorac Transport Ltd. v. The Ship "Atra" (1984) (9 D.L.R. (4th) 129. Tribunal Federal, División de Procesos. Canadian Yearbook of International Law, vol. XXIII, págs. 417 y 418 (1985); Países Bajos: USSR v. I.C.C. Handel - Maatschappij (véase más arriba, nota 156); Estados Unidos de América: Transamerican Steamship Corp. v. Somali Democratic Republic (767 F 2d, pág. 998. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, D.C. Cir., 12 de julio de 1985, The American Journal of International Law vol. 80, pág. 357 (1986)); China National Chemical Import and Export Corporation and Another v. M/V Lago Hualaihue and Another (Tribunal de Distrito, Maryland, 6 de enero de 1981, International Law Reports, vol. 63, pág. 528 (1982)).

14) En el párrafo 3 se dan algunos ejemplos de los procedimientos que se refieren a la explotación de buques utilizados "para fines que no sean un servicio público no comercial" con arreglo al párrafo 1. El apartado d) del párrafo 3 se ha introducido en segunda lectura en respuesta a una sugerencia presentada por un gobierno en la Sexta Comisión en el cuadragésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General. Aunque las disposiciones del párrafo 3 son simplemente ilustrativas, la Comisión consideró apropiado incluir este ejemplo adicional habida cuenta de la importancia que atribuye la comunidad internacional a las cuestiones ambientales y del problema de la contaminación marítima causada por los buques. Considerando el hecho de que este párrafo no figuraba en el texto del antiguo artículo 18 aprobado en primera lectura, tanto la Comisión como el Comité de Redacción examinaron la cuestión con cierto detalle. Como el apartado d), al igual que los apartados a) a c), sirve simplemente de ejemplo de las demandas a las que se aplicarían las disposiciones del párrafo 1, no afecta al fondo o al alcance de la excepción a la inmunidad de los Estados con arreglo al párrafo 1. Tampoco se establece en el apartado un derecho sustantivo relativo a la legitimidad o aceptabilidad de una demanda. Si la demanda se ha de considerar o no ejercitable es una cuestión que ha de decidir el tribunal competente.
Las palabras "consecuencias de" tienen por objeto transmitir la preocupación de algunos miembros de que la referencia general a la contaminación del medio marino procedente de buques pudiera fomentar la presentación de demandas futiles o demandas sin pérdidas o daños tangibles para el demandante. Ciertamente un miembro consideró que habría sido necesaria una redacción más matizada como "consecuencias perjudiciales" y por consiguiente se reservó su posición con respecto a este apartado. Por otra parte, algunos otros miembros estimaron que esta preocupación estaba injustificada puesto que un tribunal no admitiría demandas útiles o vejatorias y además no era función de las normas de la inmunidad de los Estados evitar demandas atendiendo a su fondo.
15) El párrafo 4 prevé que la excepción a la regla de la inmunidad será aplicable a un cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado para fines comerciales no estatales. El párrafo 5 tiene por objeto mantener la inmunidad para todo cargamento, comercial o no comercial, transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, así como para todo cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado en un servicio público no comercial. Esta disposición mantiene la

inmunidad, en particular, para el cargamento destinado a operaciones de urgencia, tales como los socorros alimentarios o los suministros médicos. Cabe señalar que en el párrafo 5, a diferencia de los párrafos 1, 2 y 4, se ha retenido la expresión "destinado a ser utilizado" porque el cargamento normalmente no es utilizado mientras está a bordo del buque y por consiguiente el uso a que se destina es lo que determinará si el Estado interesado tiene derecho o no a invocar la inmunidad.

16) Los párrafos 6 y 7 se aplican tanto a los buques como a los cargamentos y tienen como fin establecer el debido equilibrio entre la no inmunidad del Estado en virtud de los párrafos 1 y 4 y cierta protección que debe concederse al Estado. El párrafo 6 recalca la posibilidad que tienen los Estados propietarios o explotadores de buques destinados a un servicio comercial de oponer la prescripción y las demás exoneraciones y limitaciones de responsabilidad a que pueden acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios. La norma enunciada en el párrafo 6 no se limita en su aplicación a los procedimientos relativos a buques y cargamentos. Los Estados pueden alegar todos los medios de defensa disponibles en cualquier proceso que afecte a bienes estatales. El párrafo 7 establece un método práctico para probar el carácter público y no comercial del buque o, en su caso, del cargamento, mediante un certificado firmado por el representante diplomático acreditado del Estado a que pertenezca el buque o el cargamento. A falta de representante diplomático acreditado, un certificado firmado por otra autoridad competente, como el Ministro de Transportes o el funcionario consular de que se trate, puede servir de medio de prueba ante el tribunal. Como es natural, la presentación del certificado al tribunal se regirá por las normas procesales aplicables del Estado del foro. Las palabras "hará prueba" no se refieren sin embargo a una prueba irrebatible.

17) El artículo 16 no versa sobre la cuestión de la inmunidad de los Estados en relación con las aeronaves o los objetos espaciales y, por lo tanto, no es aplicable a éstos 182/.

182/ Esta cuestión fue examinada en el Comité de Redacción y mencionada en la Comisión (véase A/CN.4/SR.2221).

Entre los tratados relativos al derecho de la aviación civil internacional figuran los siguientes:

a) Convenio de Aviación Civil Internacional, Chicago, 1944 (véanse en

Artículo 17

Efectos de un convenio arbitral

Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá invocar la

---

particular los capítulos I y II) (Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), doc. 7300/6);

b) Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, Varsovia, 1929 (véanse los arts. 1 y 2 y el Protocolo Adicional) (Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CXXXVII, pág. 16, y Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 478, pág. 371);

c) Protocolo modificativo del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, La Haya, 1955 (véase el artículo XXVI) (OACI, doc. 7632);

d) Convenio, complementario del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual, Guadalajara, 1961 (OACI, doc. 8181);

e) Convenio relativo al Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves, Ginebra, 1948 (véanse los artículos XI, XII y XIII) (OACI, doc. 7620);

f) Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, Roma 1952 (véanse los artículos 1, 2, 20, 23 y 26) (OACI, doc. 7364);

g) Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 1963 (véase el artículo 1) (OACI, doc. 8364);

h) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya, 1970 (véase el artículo 3) (OACI, doc. 8920);

i) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971 (véase el artículo 4) (OACI, doc. 8966).

Entre los tratados relativos a las actividades espaciales y los objetos espaciales figuran los siguientes:

a) Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre,

inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

a) a la validez o la interpretación del convenio arbitral;

b) al procedimiento de arbitraje; o

c) a la anulación del laudo;

a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.

Comentario

1) El artículo 17 trata de la norma de la no inmunidad en relación con la jurisdicción supervisora del tribunal de otro Estado que sea competente en el caso concreto para dirimir asuntos concernientes al convenio arbitral, tales como la validez de la obligación de proceder o acudir al arbitraje o requerir la solución de una controversia por medio del arbitraje, la interpretación y la validez de una cláusula compromisoria o un convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje y la anulación de laudos arbitrales 183/.

---

incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Tratado del Espacio Ultraterrestre), de 1967 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 610, pág. 205);

b) Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas, y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, 1968 (resolución 2345 (XXII) de la Asamblea General);

c) Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Convenio sobre la responsabilidad), 1972 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 672, pág. 118);

d) Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, 1975 (resolución 3235 (XXIX) de la Asamblea General);

e) Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (resolución 34/168 de la Asamblea General).

183/ Véase el sexto informe del anterior Relator Especial, A/CN.4/376, párrs. 247 a 253. Véase también, por ejemplo, Francia: Fallo del tribunal de Casación en el asunto Southern Pacific Properties Ltd. et al. v. Arab Republic of Egypt, 6 de enero de 1987. International Legal Materials, vol. XXVI, pág. 1004 (1987); Société Européenne d'Etudes et d'Enterprises v. Yugoslavia, et al. Tribunal de Casación (18 de noviembre de 1986. Traducción inglesa, International Legal Materials, vol. XXVI, pág. 377 (1986)). Véase también Suiza: Fallos del Tribunal de Justicia de Ginebra y del Tribunal Federal (Extractos) acerca del laudo arbitral en el asunto Westland Helicopters (19 de julio de 1988. Traducción en International Legal Materials, vol. XXVIII,

2) El artículo provisionalmente aprobado en primera lectura comprendía dos expresiones entre corchetes "contrato mercantil" y "negocio civil o mercantil" como variantes posibles del ámbito en que debe estar circunscrita de la excepción relativa al convenio arbitral. Esas expresiones se han sustituido ahora por el término "transacción mercantil" en consonancia con la disposición del apartado c) del párrafo 1 del artículo 2.

3) La expresión "un tribunal de otro Estado, por lo demás competente" se refiere en este contexto a la competencia en su caso de un tribunal para ejercer una jurisdicción supervisora con arreglo al derecho interno del Estado del foro, incluidas en particular sus reglas de derecho internacional privado, en un procedimiento relativo a un convenio arbitral. Un tribunal puede ser competente para ejercer tal jurisdicción supervisora con respecto a un arbitraje mercantil por una o varias razones. Puede ser competente en circunstancias normales por el hecho de que la sede del arbitraje se encuentre en el territorio del Estado del foro, o porque las partes en el convenio arbitral hayan elegido el derecho interno del Estado del foro como derecho aplicable al arbitraje. Puede ser competente también por el hecho de que los bienes objeto de las medidas de embargo o aseguramiento se encuentren situados en el territorio del Estado del foro.

4) Es de señalar a este respecto que los Estados siguen la práctica, cada vez más extendida, de crear condiciones más atractivas y favorables para las partes que optan por someter sus litigios al arbitraje en su territorio. Uno de los incentivos es procurar simplificar los procedimientos de control judicial. Así, el Reino Unido y Malasia han reformado su legislación en lo que se refiere a la jurisdicción supervisora aplicable al arbitraje en general. Ello no quita para que, a pesar de esta tendencia, muchos países, Tailandia y Australia por ejemplo, sigan manteniendo un control o una supervisión judicial más o menos estricta del arbitraje en negocios civiles, mercantiles y de otra índole, que se celebren dentro del territorio del Estado del foro. Es posible, pues, que en un caso determinado el tribunal que es

---

pág. 687 (1989)). Véase, además, la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros, de 1976, de los Estados Unidos, modificada en 1988; los Estados Unidos han aprobado después una ley para aplicar la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, de 1988, Public Law 100-669, 102 Stat. 3969, que modifica los artículos 1605 a) y 1610 a) de la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros.

competente para el caso concreto decline el ejercicio de la jurisdicción supervisora o que la jurisdicción que posea esté restringida por la nueva legislación. Además, el ejercicio de la facultad supervisora puede haber sido excluido, al menos en algunas jurisdicciones, por haber decidido las partes adoptar un tipo de arbitraje autónomo, tal como el arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), o por considerar los laudos arbitrales como decisiones definitivas, con lo que se excluye la intervención judicial en cualquier momento. La salvedad "a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa" tiene por objeto prever la opción libremente expresada por las partes interesadas que puede servir para sustraer el procedimiento arbitral al control judicial nacional. Algunos tribunales insisten todavía en la posibilidad o supervisión del arbitraje aun contra la voluntad expresa de las partes. En todo caso, los convenios arbitrales tienen fuerza obligatoria para las partes en ellos aunque su ejecución puede depender, en algún aspecto, de la participación judicial.

5) Por las razones indicadas, la sumisión al arbitraje mercantil prevista en este artículo constituye una manifestación de consentimiento para todas las consecuencias de la aceptación de la obligación de decidir los litigios por el tipo de arbitraje claramente especificado en el convenio arbitral. Normalmente, las cuestiones de procedimiento pertinentes -por ejemplo la jurisdicción y el derecho aplicable- se establecen en el convenio arbitral. Así, el tribunal nombrado en cumplimiento de ese convenio trataría de la cuestión de la inmunidad y no el tribunal de cualquier otro Estado, y el procedimiento de arbitraje prescrito en el convenio arbitral regularía cuestiones como las indicadas en los apartados a) a c). La circunstancia de que el tribunal de otro Estado, competente para el caso concreto, esté dispuesto a ejercer la facultad de supervisión que posee en relación con el convenio arbitral, incluido el procedimiento de arbitraje y otras materias que se susciten con motivo del convenio de arbitraje o la cláusula compromisoria, es simplemente incidental a la obligación de arbitraje contraída por un Estado.

6) El consentimiento para el arbitraje no constituye como tal una renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de un tribunal que por lo demás sería competente para dirimir la controversia o litigio en cuanto al fondo. No obstante, el consentimiento para un arbitraje mercantil lleva consigo forzosamente el consentimiento para todas las consecuencias naturales y lógicas del arbitraje mercantil previsto. Sólo dentro de esta esfera

circunscrita puede decirse, pues, que el consentimiento de un Estado para el arbitraje entraña el consentimiento para el ejercicio de la función supervisora del tribunal de otro Estado, competente para supervisar la aplicación del convenio arbitral.

7) Es importante señalar que el proyecto de artículo se refiere al "convenio arbitral" entre un Estado y una persona natural o jurídica extranjera y no entre los Estados mismos o entre Estados y organizaciones internacionales. También están excluidos de este artículo los tipos de arbitraje estipulados en tratados celebrados entre Estados 184/ o los que imponen a los Estados la obligación de solucionar las controversias entre ellos y los nacionales de otros Estados, tales como el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Wáshington, 1965) 185/ que es autosuficiente y autónomo y cuyas disposiciones prevén la ejecución de los laudos arbitrales. Esto no impide que los Estados y las organizaciones internacionales celebren convenios arbitrales que pueden traer como consecuencia la sumisión a la jurisdicción supervisora del Estado del foro.

8) Es de señalar también que entre los diversos tipos de arbitraje a que pueden acudir los Estados en cuanto medios pacíficos de solución de diversas categorías de controversias, el que se prevé en este artículo es solamente el del arbitraje entre Estados y personas naturales o jurídicas extranjeras. Los arbitrajes de este tipo pueden ser de distintas formas, tales como el arbitraje previsto en la reglamentación de la Cámara de Comercio Internacional o en el reglamento de la CNUDMI u otros tipos de arbitraje mercantil institucionalizado o especial. La sumisión de una controversia sobre inversiones a un arbitraje del CIADI, por ejemplo, no constituye una sumisión a arbitraje del tipo del arbitraje mercantil contemplado en este proyecto de artículo, y en ningún caso puede interpretarse como renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de un tribunal por lo demás competente en el caso concreto para ejercer la jurisdicción supervisora en relación con un arbitraje mercantil, tal como el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o un

---

184/ Véase por ejemplo el Acuerdo entre el Japón y la República Popular de China acerca del fomento y la protección recíproca de las inversiones, art. 11.

185/ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 575, pág. 159.

arbitraje celebrado con los auspicios de la American Arbitration Association 186/.

9) Con este artículo no se pretende en modo alguno acrecentar ni reducir la jurisdicción existente de los tribunales de ningún Estado, ni inmiscuirse en las funciones de control o supervisión judicial que en tal o cual ordenamiento jurídico los tribunales estén llamados o dispuestos a ejercer para garantizar la moral y el orden público en la administración de justicia necesarios para la aplicación de la solución arbitral de los litigios. Sólo en este sentido estricto cabe afirmar que la sumisión por un Estado al arbitraje mercantil entraña una aceptación tácita de la jurisdicción supervisora del tribunal de otro Estado, por lo demás competente para el caso en materias relacionadas con el convenio arbitral.

186/ Véase, por ejemplo, Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (mediador, Estados Unidos de América) (1982) (Federal Reporter, 2nd Series, (1983) vol. 693 (1989), pág. 1094); Guinea v. Maritime International Nominees Establishment (Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Amberes. 27 de septiembre de 1985, International Legal Materials, vol. XXIV, pág. 1639 (1985)); Senegal v. Seutin as Liquidator of the West African Industrial Concrete Co. (SOABI) (Francia, Tribunal de Apelación de París. 5 de diciembre de 1989, International Legal Materials, vol. XXIX, pág. 1341 (1990)); Socialist Libyan Arab Popular Jamahiriya v. Libyan American Oil Company (LIAMCO) (Suiza, Tribunal Supremo Federal, Primer departamento de derecho público. 19 de junio de 1980, International Law Reports, vol. 62, pág. 228 (1982)); Tekno-Pharma AB v. State of Iran (Suecia, Tribunal de Apelación sueco. 24 de mayo de 1972, International Law Reports, vol. 65, (1984), pág. 383); Libyan American Oil Company v. Socialist People's Arab Republic of Libya (Suecia, Tribunal de Apelación sueco. 18 de junio de 1980, International Law Reports, vol. 62, pág. 225 (1982)); Libyan American Oil Company v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, formerly Libyan Arab Republic (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia. 18 de enero de 1980, International Law Reports, vol. 62, pág. 220 (1982)). Véase, no obstante, el asunto Popular Revolutionary Republic of Guinea v. Atlantic Triton Compa: y (Francia, Tribunal de Casación (primera sala de lo civil). 18 de noviembre de 1986, International Law Reports, vol. 82, pág. 76 (1990)) en el que el tribunal tomó la posición de que el carácter exclusivo del arbitraje del CIADI determinado en el artículo 26 del Convenio del CIADI no impedía que una parte en un procedimiento del CIADI tratase de obtener de los tribunales franceses medidas provisionales en forma de embargo.

Parte IV

INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS ADOPTADAS EN RELACION CON UN PROCESO ANTE UN TRIBUNAL

1) Después de haber completado las tres primeras partes, que tratan de la "Introducción", los "Principios generales" y los "Procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada" el proyecto debe contener también una cuarta parte relativa a la inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en relación con los procesos. La inmunidad en este contexto con respecto a los bienes que son propiedad del Estado o que éste posee o utiliza es tanto más importante para los Estados habida cuenta de la práctica reciente, cada vez más extendida, de que litigantes privados, en particular las empresas multinacionales, traten de resarcirse mediante el embargo de bienes que son propiedad de países en desarrollo o que éstos poseen o utilizan, tales como cuentas bancarias de las embajadas, fondos de los bancos centrales u otras autoridades monetarias, en procesos incoados ante tribunales de países industrialmente desarrollados.

2) La parte IV del proyecto se refiere a la inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en cuanto al uso de bienes, tales como el embargo y la ejecución, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado. La expresión "medidas coercitivas" se ha elegido como término genérico, no como expresión técnica utilizada en ninguna legislación interna determinada. Las medidas coercitivas conocidas en la práctica de los Estados varían considerablemente y, por tal motivo, sería difícil, por no decir imposible, encontrar una expresión que abarcase todas y cada una de las posibles medidas coercitivas previstas en todos los sistemas jurídicos. Baste por lo tanto mencionar, a título de ejemplo, las medidas más conocidas y fáciles de comprender, como el embargo y la ejecución. El problema de encontrar expresiones fácilmente traducibles en los idiomas oficiales se complica indudablemente debido a la diversidad de prácticas de los Estados en materia de procedimiento y de medidas coercitivas.

3) La parte IV tiene especial importancia en cuanto que se refiere a una segunda fase del proceso en el caso de las medidas de ejecución, así como a las medidas interlocutorias o medidas de embargo preventivo de bienes ad fundandam jurisdictionem. La parte IV establece en general, aunque sujeta

a ciertas limitaciones, la inmunidad del Estado respecto de todas estas medidas coercitivas en lo que concierne al uso de sus bienes, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado.

Artículo 18

Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas

1. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

i) por acuerdo internacional;

ii) por un convenio arbitral o en un contrato escrito; o

iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación hecha por escrito después de que haya surgido un litigio entre las partes;

b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

c) cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial, se encuentren en el territorio del Estado del foro y tengan alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso.

2. El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 7 no entrañará consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor del párrafo 1, para lo cual será necesario un consentimiento separado.

Comentario

1) El artículo 18 concierne a la inmunidad respecto de medidas coercitivas sólo si éstas guardan relación con un proceso judicial. Teóricamente, hay que separar la inmunidad respecto de las medidas coercitivas de la inmunidad de jurisdicción del Estado, en cuanto que esta última se refiere exclusivamente a la inmunidad respecto de la solución de litigios por vía judicial. El artículo 18 define claramente la regla de la inmunidad del Estado en su segunda fase en lo referente a sus bienes, en particular respecto de las medidas de ejecución como procedimiento separado del proceso original.

2) En la práctica de los Estados se han aducido diversas teorías en apoyo de la inmunidad de ejecución como una cuestión distinta y no relacionada con la inmunidad de jurisdicción 187/. Independientemente de las teorías, a los efectos de este artículo la cuestión de la inmunidad respecto de las medidas de ejecución no surge hasta después de haberse decidido la cuestión de la inmunidad de jurisdicción en sentido negativo, y hasta que no existe un fallo en favor del demandante. La inmunidad de ejecución puede considerarse, pues, como un último refugio, el último baluarte de la inmunidad del Estado. Si se admite que ningún Estado soberano puede ejercer su autoridad soberana sobre otro Estado igualmente soberano (par in parem imperium non habet), cabe afirmar a fortiori que no es posible ejercer ninguna medida coercitiva en forma de ejecución o coacción en virtud de la autoridad de un Estado contra otro Estado y sus bienes. Esta posibilidad no existe ni siquiera en los litigios internacionales, sometidos al arreglo judicial o al arbitraje 188/.

3) El artículo 18 es una fusión o reformulación de los anteriores artículos 21 y 22 provisionalmente aprobados en primera lectura. El anterior artículo 21 trataba de la inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas y el anterior artículo 22 del consentimiento en tales medidas. Dado que las ideas expresadas en esos dos artículos estaban estrechamente relacionadas

---

187/ Véase la doctrina jurídica citada en el séptimo informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/388, Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), párrs. 73 a 77. Véase también el segundo informe del presente Relator Especial, documento A/CN.4/422 y Corr.1, párrs. 26 a 28. Citando a Schreuer (State Immunity: Some Recent Developments, 1988, pág. 125), el Relator Especial hacía notar que había algunos tratadistas que argüían que si se permite a los demandantes que incoen procedimientos contra Estados extranjeros y luego no se les deja aprovechar el éxito del litigio invocando la inmunidad respecto de la ejecución se les puede poner en la posición doblemente frustrante de encontrarse con un fallo que no se puede aplicar y elevados costos judiciales. No obstante, la opinión mayoritaria de los gobiernos y de los tratadistas es que la inmunidad respecto de las medidas coercitivas es independiente de la inmunidad jurisdiccional de un Estado (párr. 26).

188/ Véase, por ejemplo, en el asunto Socobelge, el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 15 de junio de 1939 relativo a los laudos arbitrales dictados el 3 de enero y el 25 de julio de 1936 (C.P.J.I., serie A/B, N° 78, pág. 160); el fallo de 30 de abril de 1951 del Tribunal Civil de Bruselas (Journal du droit international (Clunet) (París), vol. 79 (1952), pág. 244).

entre sí, la Comisión aceptó la fusión propuesta por el Relator Especial y apoyada por gran número de miembros, así como de gobiernos. De ese modo queda claramente formulado el principio de no ejecución contra los bienes de un Estado en cualquier etapa o fase del procedimiento, principio a continuación del cual se indican las excepciones admitidas.

Párrafo 1

4) Las medidas coercitivas mencionadas en este artículo no se limitan a la ejecución sino que incluyen también el embargo, así como otras formas de saisie, saisie-arrêt y saisie-exécution, incluidos el secuestro, la ejecución de laudos arbitrales y las medidas provisionales, interlocutorias y todas las demás medidas cautelares prejudiciales destinadas a veces simplemente a bloquear bienes en poder del demandado. Las medidas coercitivas indicadas en el párrafo 1 se incluyen a título de ejemplo y no constituyen por lo tanto una enumeración exhaustiva.

5) Los bienes protegidos por la inmunidad en virtud de este artículo son los bienes del Estado, con inclusión, en particular, de los definidos en el artículo 19. En el texto original con que comenzaba el antiguo artículo 21 y en el párrafo 1 del antiguo artículo 22, provisionalmente aprobados en primera lectura, figuraba la expresión [, o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,], respecto de la cual hubo discrepancia de opiniones entre los miembros de la Comisión. En sus comentarios escritos, varios gobiernos criticaron la expresión por ser demasiado vaga y permitir que se amplíe el ámbito de la inmunidad respecto de la ejecución. Por eso se suprimió la frase entre corchetes, que fue sustituida por las palabras "bienes de un Estado".

6) La palabra "Estado" en la frase "proceso ante un tribunal de otro Estado", se refiere al Estado en que se encuentren los bienes, independientemente de donde tenga lugar el proceso sobre el fondo. Así, para la aplicación de cualquier medida coercitiva, hay que incoar un proceso a tal efecto ante un tribunal del Estado en que estén situados los bienes. Desde luego, en algunas circunstancias especiales, por ejemplo en virtud de una obligación derivada de un tratado, tal vez no sea preciso incoar otro proceso ante los tribunales para obtener la ejecución una vez que haya una sentencia definitiva de un tribunal de otro Estado parte en el tratado.

7) El principio de la inmunidad está aquí supeditado a tres condiciones, cualquiera de las cuales, si se diere, excluiría la inmunidad: a) que el consentimiento en la adopción de las medidas coercitivas se haya dado por acuerdo internacional, en un convenio arbitral o en un contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación hecha por escrito después de que haya surgido un litigio entre las partes; o b) que los bienes hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de la demanda; o c) que dichos bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial 189/. En el supuesto del apartado c), los bienes deben tener alguna conexión con el objeto de la demanda o con el organismo o entidad contra el que se haya promovido el proceso.

189/ En cuanto a la jurisprudencia, la doctrina internacional, los tratados y la legislación nacional referentes a la inmunidad respecto de las medidas coercitivas, véase el séptimo informe del anterior Relator Especial, Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/388, parrs. 33 a 82, y el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/422 y Corr.1, párrs. 26 a 28.

En cuanto a la legislación más reciente véase también: la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Australia (arts. 30 a 35); la Ley sobre Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Sudáfrica (art. 14 b)); y la Ley estadounidense por la que se aplica la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Public Law 100-669, 100th Congress. 102 Stat. 3969.

En cuanto a la jurisprudencia más reciente acerca del apartado a) del párrafo 1, véase, por ejemplo, en lo relativo al requisito de consentimiento expreso por acuerdo internacional con arreglo al inciso i), O'Connell Machinery Co. contra MV Americana and Italia Di Navigazione, SpA (Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 4 de mayo de 1984, International Law Reports, vol. 81 (1990), pág. 539), sentencia en la que, a pesar de la renuncia expresa a la inmunidad que figuraba en el apartado 6 del artículo XXIV del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1965 entre Italia y los Estados Unidos, el Tribunal no interpretó el tratado en el sentido de que estableciera la renuncia al embargo prejudicial. Véase también New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation and Transmission Co. et al. (502 F. Supp. 120, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D.N.Y., 26 de septiembre de 1980, The American Journal of International Law, vol. 75, pág. 375 (1981); E-Systems Inc. v. Islamic Republic of Iran and Bank Melli Iran (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito del Norte, Texas, 19 de junio de 1980, International Law Reports, vol. 63, (1982) pág. 424).

En cuanto a la condición de consentimiento expreso en un contrato escrito con arreglo al inciso ii), véase, por ejemplo, Libra Bank Limited v. Banco

9) La fórmula del apartado a) del párrafo 1 "la adopción de tales medidas, en los términos indicados", se aplica tanto a las medidas coercitivas como a los bienes. Así pues, el consentimiento expreso puede manifestarse con

---

Nacional de Costa Rica, 676 F.2d, pág. 47 (1982) (Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 12 de abril de 1982, reproducido en International Legal Materials, vol. XXI, pág. 618 (1982)), sentencia en la que el Tribunal mantuvo que la renuncia escrita por un Estado extranjero de cualquier derecho de inmunidad de procedimiento con respecto a un acuerdo de préstamo constituye una renuncia explícita a la inmunidad de embargo prejudicial a los efectos del artículo 1610 d) 1) de la Ley sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros. Véase, sin embargo, en relación con la condición de consentimiento expreso en virtud de convenio arbitral con arreglo al inciso ii), Birch Shipping Corp. v. Embassy of Tanzania (Misc. N° 80-247, Tribunal de distrito de los Estados Unidos, distrito de Columbia, 18 de noviembre de 1980, The American Journal of International Law, vol. 75, pág. 373 (1981)), sentencia en la que el tribunal llegó a la conclusión de que el demandado, al haberse sometido a arbitraje, había renunciado implícitamente a su inmunidad, incluso en lo concerniente a la ejecución judicial de cualquier laudo resultante.

En cuanto a la jurisprudencia relativa a las medidas coercitivas tomadas en relación con los procedimientos seguidos en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, véase: Popular Revolutionary Republic of Guinea v. Atlantic Triton Company (Francia, Tribunal de Apelación de Rennes (Segunda Sala), 26 de octubre de 1984, International Law Reports, vol. 82, (1990), pág. 76); Popular Revolutionary Republic of Guinea v. Atlantic Triton Company (Francia, Tribunal de Casación (Primera Sala de lo Civil), 18 de noviembre de 1986, International Law Reports, vol. 82 (1990), pág. 76); Senegal v. Seutin as Liquidator of the West African Industrial Concrete Co. (SOABI) (Francia, Tribunal de Apelación de París, 5 de diciembre de 1989, International Legal Materials, vol. XXIX, pág. 1341 (1990)) Benvenuti et Bonfat SARL v. Government of the People's Republic of The Congo (Francia, Tribunal de Apelación de París, 26 de junio de 1981, International Law Reports, vol. 65 (1984), pág. 88); Société Ltd. Benvenuti et Bonfant v. Banque commerciale congolaise (Francia, Tribunal de Casación, 21 de julio de 1987) (Journal du droit international, 1988, vol. 115, pág. 108); Guinea v. Maritime International Nominees Establishment (Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Amberes, 27 de septiembre de 1985, International Legal Materials, vol. XXIV (1985), pág. 1639); Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito del Sur de Nueva York, 12 de diciembre de 1986; reproducido en International Legal Materials, vol. XXVI, pág. 695 (1987)).

Para sentencias recientes acerca del apartado c) del párrafo 1, véase, por ejemplo, Islamic Republic of Iran and Others v. Société Eurodif and Others (Francia, Tribunal de Casación (Primera Sala de lo Civil), 14 de marzo de 1984, International Law Reports, vol. 77 (1988), pág. 513) sentencia en la que el Tribunal declaró que "pese a que los Estados extranjeros gozaban en principio de inmunidad de ejecución, dicha inmunidad podía levantarse en

respecto a las medidas coercitivas o a los bienes, en general, o con respecto a determinadas medidas o a determinados bienes o, a decir verdad, con respecto tanto a las medidas como a los bienes.

---

aquellos casos en que los bienes embargados hubieren estado destinados a una actividad comercial de derecho privado en la que estuviera basada la acción. Véase también General National Maritime Transport Company v. Société Marseille Frét (Francia, Tribunal de Casación (Primera Sala de lo Civil), 4 de febrero de 1986, International Law Reports, vol. 77 (1988), pág. 530); Re Royal Bank of Canada and Corriveau et al. (Canadá, Tribunal Superior de Ontario, 22 de octubre de 1980, International Law Reports, vol. 64 (1983), pág. 69); Banque du Gothard v. Chambre des Recours en Matière Pénale du Tribunal d'Appel du Canton du Tessin and another (Suiza, Tribunal Federal, 15 de abril de 1987, International Law Reports, vol. 82 (1990), pág. 50); Giamahiria araba libica popolare socialista v. Rossbeton Officine Meccaniche s.r.l. e Libyan Arab Airlines, Ministero degli affari esteri e Ministero di grazia e giustizia (Italia, Corte de Casación, 25 de mayo de 1989) (Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1990, vol. 26, pág. 663); International Consolidated Companies Inc. v. Nigerian National Petroleum Corporation (Italia, Tribunal de Tarento, 18 de diciembre de 1987, orden) (Rivista di diritto internazionale, 1989, vol. 72, pág. 109).

Respecto de la cuestión de las medidas coercitivas relacionadas con los bienes de las empresas estatales, véase, por ejemplo, In the Matter of Constitutional Complaints of the National Iranian Oil Company Against Certain Orders of the District Court and the Court of Appeals of Frankfurt in Prejudgement Attachment Proceedings against the Complainant (37 WM Zeitschrift für Wirtschafts - und Bankrecht 722 (1983) (República Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Federal, 12 de abril de 1983; traducción inglesa, International Legal Materials, vol. XXII, pág. 1279 (1983)), sentencia en la que el tribunal llegó a la conclusión de que no existe ninguna norma general de derecho internacional que exija que las cuentas mantenidas en bancos nacionales y designadas como cuentas de un organismo gubernamental extranjero con personalidad jurídica separada sean tratadas como bienes del Estado extranjero. El tribunal indicó además que el derecho internacional general no exige la inmunidad absoluta de ejecución de las cuentas mantenidas en nombre del propio Estado extranjero, pero que la inmunidad de las cuentas de un gobierno extranjero mantenidas en bancos situados en el Estado de jurisdicción debe otorgarse únicamente cuando la propia cuenta en el momento de proceder al embargo esté destinada a ser utilizada para fines públicos internacionalmente protegidos.

En Société Nationale Algérienne de Transport et de Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) v. Migeon (Francia, Tribunal de Casación, 1° de octubre de 1985; traducción inglesa en International Legal Materials, vol. XXVI (1987), pág. 998; International Legal Reports, vol. 77 (1988), pág. 525) el tribunal declaró que, aunque los bienes de un Estado extranjero no podían ser embargados a menos que hubiesen sido asignados a una actividad comercial de derecho privado en la que se basara la acción, los bienes de una entidad de propiedad estatal que sea legalmente distinta del Estado extranjero de que se trate pueden ser embargados por todos los deudores de esa entidad,

9) Una vez que se haya manifestado el consentimiento en virtud del apartado a) del párrafo 1, este consentimiento sólo podrá revocarse en los términos indicados por acuerdo internacional (inciso i)), o por un convenio arbitral o en un contrato (inciso ii)). Sin embargo, una vez que se ha hecho ante un tribunal una declaración de consentimiento o una comunicación escrita con ese objeto (inciso iii)), este consentimiento no puede revocarse. En general, una vez que ha comenzado el proceso ante un tribunal, no puede revocarse el consentimiento.

10) En el apartado b) del párrafo 1 los bienes pueden ser objeto de medidas coercitivas si han sido asignados o destinados a la satisfacción de la demanda o deuda que es objeto del proceso. Esto debería tener por efecto impedir que otros demandantes extraños o no protegidos frustren la intención del Estado para satisfacer demandas concretas o reembolsar una deuda reconocida. Lógicamente, la cuestión de si unos bienes determinados se han asignado o no para satisfacer una demanda puede parecer ambigua en ciertas situaciones y deberá ser resuelta por el tribunal.

11) El empleo del presente de subjuntivo en el apartado c) significa que los bienes deben ser utilizados o estar destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines que no sean un servicio público no comercial en el momento de promoverse el proceso de ejecución forzosa. De señalarse un momento anterior, ello podría restringir excesivamente el derecho de los Estados a disponer libremente de sus bienes; la Comisión entiende que los Estados no alentarán ni permitirán ningún abuso de esta disposición, por ejemplo, mediante la modificación del régimen jurídico de sus bienes para evitar el embargo o la ejecución. La expresión "con fines comerciales no

---

de cualquier categoría, siempre que esos bienes formen parte del conjunto de fondos destinados a una actividad principal regida por el derecho privado. Véase también Société Air Zaire v. Gauthier and Van Impe (Francia, Tribunal de Apelación de París (Primera Sala), 31 de enero de 1984, International Law Reports, vol. 77 (1988), pág. 510).

En algunos ordenamientos jurídicos, para que los tribunales consideren la posibilidad de decretar el embargo de bienes de un Estado extranjero que estén situados en el territorio del Estado del foro se requiere también la existencia de una relación jurídica suficiente entre los bienes de que se trate y el Estado de la jurisdicción. Véase, por ejemplo, Socialist Libyan Arab Popular Jamahiriya v. Libyan American Oil Company (LIAMCO) (Suiza, Tribunal Federal Supremo, Primera Sala de Derecho Público, 19 de junio de 1980, International Law Reports, vol. 62 (1982), pág. 228).

gubernamentales", que figuraba en el texto aprobado en primera lectura, ha sido sustituido por "para fines que no sean un servicio público no comercial", en armonía con el uso que de esta fórmula se hace en el artículo 16.

Párrafo 2

12) El párrafo 2 expresa en términos más explícitos el requisito de un consentimiento separado necesario para adoptar las medidas coercitivas a tenor de la parte IV. El consentimiento en virtud del artículo 7 de la parte II no se extiende a ninguna medida coercitiva, sino que se limita exclusivamente a la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de un Estado en un proceso contra otro Estado 190/.

190/ Para una referencia más detallada de la práctica judicial y de los tratados en relación con los contratos estatales y gubernamentales, véase el séptimo informe del Relator Especial (más arriba, nota 187), párrs. 85 a 102. En algunas jurisdicciones, tales como la de Suiza, la ejecución se basa en la existencia de una conexión suficiente con el territorio suizo (Binnenbeziehung). Véase, por ejemplo, République hellénique v. Walder and Others (1930) (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 1930, vol. 56, pág. 237; Annual Digest... 1929-1930, Londres, 1935, vol. 5, pág. 121, asunto N° 78), así como J. F. Lalive, "Swiss law and practice in relation to measures of execution against the property of a foreign State", Netherlands Yearbook of International Law, 1979, Alphen aan den Rijn, vol. X, pág. 160; e. I. Sinclair, "The law of sovereign immunity: Recent developments", Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1980-II, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1981, vol. 167, pág. 236. Véanse también las observaciones de Lord Denning en el asunto Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan, Ministry of Agriculture, Food and Directorate of Agricultural Supplies (1975) (The All England Law Reports, 1975, vol. 3, págs. 963 y ss.). En cuanto al requisito de un consentimiento separado o de un segundo consentimiento para la ejecución, véase el fallo del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence en Banque d'Etat thécoslovaque v. Englander (1966) (Annuaire français de droit internacional, 1967, París, vol. 13, pág. 825); International Law Reports, vol. 47 (1974), pág. 157); sin embargo, este fallo fue anulado por el Tribunal de Casación (1969) (Journal du droit international (Clunet), París, vol. 96, año 1969, pág. 923; International Law Reports, vol. 52 (1979), pág. 335); y Clerget v. Représentation commerciale de la République démocratique du Viet-Nam (1969), (Annuaire français de droit international, 1970, vol. 16, pág. 931).

Artículo 19

Clases especiales de bienes

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 18, en particular, los bienes de un Estado de las siguientes clases:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados con fines militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de lo prevenido en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 18.

Comentario

Párrafo 1

1) El artículo 19 tiene por objeto proteger ciertas categorías concretas de bienes, al excluirlas de toda presunción de consentimiento en las medidas coercitivas. El párrafo 1 trata de evitar cualquier interpretación en el sentido de que los bienes clasificados como pertenecientes a alguna de las categorías especificadas son en realidad bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines distintos de los gubernamentales no comerciales a tenor del apartado c) del párrafo 1 del artículo 18. Las palabras "en particular" sugieren que la enumeración contenida en los apartados a) a c) es nuevamente ilustrativa.

2) Esta protección se considera necesaria y oportuna habida cuenta de la tendencia de ciertas jurisdicciones a embargar o bloquear los bienes de Estados extranjeros, especialmente cuentas bancarias 191/, los bienes del banco central 192/ u otros instrumenta legati 193/, así como ciertas categorías concretas de bienes que merecen igualmente protección. Cada una de estas categorías concretas de bienes deben considerarse, por su propia naturaleza, utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos exentos de toda consideración comercial.

3) Los bienes enumerados en el apartado a) del párrafo 1 se limitan a los utilizados o destinados a ser utilizados específicamente para los "fines" de

---

191/ Véase, por ejemplo, Birch Shipping Corp. v. Embassy of Tanzania (1980) (Estados Unidos de América, Federal Supplement, 1981, vol. 507, pág. 311 y, en especial, pág. 313); el fallo dictado el 13 de diciembre de 1977 por el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania en X v. République des Philippines (Naciones Unidas, Documentation concernant les immunités juridictionnelles..., pág. 297); y Alcom Ltd. v. Republic of Colombia (1984) (The All England Law Reports, 1984, vol. 2, pág. 6). Véase también Banco de la Nación, Lima, v. Banco Cattolico del Veneto (Suiza, Tribunal Federal, 21 de marzo de 1984, International Law Reports, vol. 82, pág. 10 (1990)).

192/ Véase, por ejemplo, Hispano Americana Mercantil S.A. v. Central Bank of Nigeria (1979) (Lloyd's Law Reports, 1979, vol. 2, pág. 277; reproducido en Naciones Unidas, Documentation concernant les immunités juridictionnelles..., pág. 449); Re Royal Bank of Canada and Corriveau et al. (1980) (Dominion Law Reports, 3d. Series, 1981, vol. 117, pág. 199); Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica (Estados Unidos de América, Federal Reporter, 2d. Series, 1982, vol. 676 (1982), pág. 47); y Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria (1977) (The All England Law Reports, 1977, vol. 1, pág. 881). Véase también Libyan Arab Socialist People's Jamahiriya v. Actimon S.A. (Suiza, Tribunal Federal, 24 de abril de 1985, International Law Reports, vol. 82, (1990), pág. 30). Cf. Bangue Compafina v. Banco de Guatemala et al. (Estados Unidos de América, Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, 23 de marzo de 1984; International Legal Materials, vol. XXIII, pág. 782 (1984)).

193/ Véase, por ejemplo, el asunto de la Légation roumaine (1949) (Revue hellénique de droit international, Atenas, vol. 3, 1950, pág. 331); y en un asunto relacionado con un contrato de trabajo del personal de la Embajada de la India en Berna, J. Monnier, "Note à l'arrêt de la première Cour civile du Tribunal fédéral du 22 mai 1984 dans l'affaire S. contre Etat indien", Annuaire suisse de droit international, Zurich, vol. XLI, 1985, pág. 235.

las funciones diplomáticas del Estado 194/. Esto excluye evidentemente ciertos bienes, por ejemplo, cuentas bancarias, que mantienen las embajadas para fines comerciales 195/. A veces se plantean dificultades en relación con una "cuenta mixta", que se mantiene a nombre de una misión diplomática pero se usa a veces para pagar, por ejemplo, el suministro de bienes y servicios o para sufragar los gastos de funcionamiento de la misión. La jurisprudencia reciente parece indicar la tendencia a que el saldo de esa cuenta bancaria a favor del Estado extranjero no esté sujeta a una orden de embargo dictada por el tribunal del Estado del foro, debido al carácter no comercial, en general, de la cuenta 196/. Los bienes enumerados en el apartado a) del párrafo 1 excluyen también los que pueden haber sido utilizados o haber estado destinados a ser utilizados, si bien ya han dejado de serlo, para fines diplomáticos u otros fines conexos. Las expresiones "misiones" y "delegaciones" incluyen también las misiones permanentes de observación y las delegaciones 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 1975 197/.

194/ Véase, por ejemplo, Alcom Ltd. v. República de Colombia (1984) (más arriba, nota 191). Véase también el asunto Republic of "A" Embassy Bank Account (Austria, Tribunal Supremo, 3 de abril de 1986, International Law Reports, vol. 77 (1988), pág. 489); M. K. v. State Secretary for Justice, Council of State President of the Judicial Division (Países Bajos, 24 de noviembre de 1986, KG (1987) N° 38, AROB tB/S (1986), N° 189). Cf. Benamar v. Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria (Italia, Tribunal de Casación, sesión plenaria, 4 de mayo de 1989. 72 Rivista di Diritto Internazionale 416 (1989). The American Journal of International Law, vol. 84, pág. 573 (1990)).

195/ Véase, por ejemplo, Griessen (Suiza, Tribunal Federal. 23 de diciembre de 1982, International Law Reports, vol. 83 (1990), pág. 5).

196/ Véase, por ejemplo, Benamar v. Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria (más arriba, nota 194); Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United Republic of Tanzania (más arriba, nota 189). Véase, sin embargo, el asunto Republic of "A" Embassy Bank Account (más arriba, nota 194).

197/ La Comisión de Derecho Internacional y su obra (N° de venta: F.88.V.1, cuarta edición, anexos, pág. 276).

4) El término "militar", en el contexto del apartado b) del párrafo 1, incluye la armada, las fuerzas aéreas y el ejército 198/.

5) En cuanto al apartado c) del párrafo 1, el Relator Especial sugirió la adición al final de las palabras "y sean utilizados con fines monetarios" 199/, pero ello no se hizo por falta de apoyo general 200/.

6) La finalidad del apartado d) del párrafo 1 es proteger únicamente los bienes que se considera que forman parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado y que son propiedad del Estado 201/. Estos bienes gozan de protección en virtud de los presentes artículos cuando no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

7) El apartado e) del párrafo 1 extiende tal protección a los bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés cultural, científico o histórico que pertenezcan al Estado 202/. Los objetos propiedad del Estado de exposiciones de carácter industrial o comercial no están incluidos en este apartado.

Párrafo 2

8) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado puede renunciar a la inmunidad respecto de los bienes pertenecientes a cualquiera de las categorías concretas enumeradas o parte de ellas asignando o destinando esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 18, o consintiendo específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de

---

198/ Véase, por ejemplo, Wijsmuller Salvage BV v. ADM Naval Services, (Países Bajos, Tribunal de distrito de Amsterdam, 19 de noviembre de 1987, KG (1987), N° 527, S&S (1988), N° 69).

199/ Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), párr. 219.

200/ Ibid., párr. 227.

201/ Véase, por ejemplo, Italian State v. X and Court of Appeal of the Canton of the City of Basle (Suiza, Tribunal Federal, 6 de febrero de 1985, International Law Reports, vol. 82, pág. 24 (1990)).

202/ Véase, por ejemplo, la nota (26 de octubre de 1984) del Département Fédéral des affaires étrangères, Direction du droit international public, de Suiza (Annuaire suisse de droit international, 1985, vol. 41, pág. 178).

esa clase de sus bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18. Una renuncia general o una renuncia respecto de todos los bienes en el territorio del Estado del foro, sin mencionar ninguna de las categorías concretas, no bastaría para permitir la adopción de medidas coercitivas contra los bienes de las categorías mencionadas en el párrafo 1.

Parte V

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 20

Notificación de la demanda

1. La notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado se practicará:

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

b) a falta de tal convenio:

i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o

ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro.

2. La notificación por el medio a que se refiere el inciso i) del apartado b) del párrafo 1 se entenderá hecha cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos.

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

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

Comentario

1) El artículo 20 se refiere, en gran parte, a las reglas de procedimiento civil internas de los Estados. Tiene en cuenta las dificultades que supondría modificar las reglas procesales civiles internas de los Estados. Al mismo tiempo, trata de no establecer un régimen de notificación del acto de incoación de un proceso demasiado liberal o generoso que podría dar lugar a un

número excesivo de fallos dictados sin comparecencia del Estado demandado. Por consiguiente, el artículo propone una solución intermedia que proteja los intereses del Estado demandado y los del particular demandante.

Párrafo 1

2) El párrafo 1 tiene por objeto indicar la forma en que normalmente se hará la notificación del acto de incoación cuando se promueva un proceso contra un Estado. Se establecen tres categorías de medios para la notificación de la demanda: en primer lugar, si existe un convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado, la demanda se notificará de acuerdo con los procedimientos previstos en ese Convenio. En segundo lugar, de no existir tal Convenio, la demanda se notificará i) transmitiéndola por vía diplomática, o ii) por cualquier otro medio que el Estado interesado acepte. Así pues, entre las tres categorías de medios de notificación de la demanda previstos en el párrafo 1, un convenio internacional obligatorio para ambos Estados tiene prioridad sobre las otras dos categorías. La variedad de los medios disponibles garantiza la mayor flexibilidad posible y protege al mismo tiempo los intereses de las partes interesadas 203/.

203/ Cf. Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, art. 16, párrs. 1 a 3.

Para las disposiciones pertinentes de la legislación nacional véase, por ejemplo, la Ley de los Estados Unidos sobre las Inmunidades de los Soberanos Extranjeros (artículo 1608 a) a d)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, del Reino Unido (artículo 12 (1), (2), (3), (6) y (7)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de Singapur (artículo 14 (1), (2), (3), (6) y (7)); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, del Pakistán (artículo 13 (1), (2), (3) y (6)); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Sudáfrica (artículos 13 (1), (2), (3), (6) y (7); la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, del Canadá (artículo 9) y la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Australia (artículos 23 a 26).

En cuanto a la práctica judicial reciente, véase, por ejemplo, el asunto Garden Contamination (1) (República Federal de Alemania, Tribunal provincial (Landgericht) de Bonn. 11 de febrero de 1987, International Law Reports, vol. 80 (1989) pág. 367); New England Merchants National Bank and Others v. Iran Power Generation and Transmision Company and Others (495 F. Supp., pág. 73, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 4 de junio de 1980, International Law Reports, vol. 63, (1982) pág. 408); International Schools Service v. Government of Iran (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, New Jersey, 19 de enero de 1981, International Law Reports, vol. 63 (1982), pág. 550); Velidor v. L/P/G Benghazi (653 F.2nd.

Párrafos 2 y 3

3) Como el momento de la notificación del acto de incoación de un proceso es decisivo a efectos prácticos, el párrafo 2 dispone además que, en caso de que se transmita por vía diplomática o por correo certificado, la notificación se entenderá practicada en la fecha en que el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos. El párrafo 3 establece además que a los documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado. El Relator Especial propuso a este respecto que al final del párrafo 3 se añadiera la frase "o al menos una traducción a uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas" para que, cuando la traducción a un idioma no muy difundido ocasionara dificultades a la autoridad encargada de notificar la demanda, pudiera ser aceptable la traducción a uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Sin embargo, la propuesta no se aprobó.

Párrafo 4

4) El párrafo 4 dispone que el Estado que comparezca en relación con el fondo, es decir, sin proponer ninguna excepción de incompetencia de jurisdicción ni por defecto procesal, no puede formular después ninguna objeción basada en el incumplimiento de las disposiciones de los párrafos 1 y 3 sobre la notificación de la demanda. La razón de esta regla es evidente. Al comparecer en relación con el fondo, el Estado demandado reconoce efectivamente haber recibido a su tiempo notificación del proceso promovido contra él. El Estado demandado, por supuesto, tiene derecho al principio a comparecer condicionalmente o proponer la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Artículo 21

Sentencia dictada en ausencia

1. No se dictará en ausencia sentencia contra ningún Estado si no consta al tribunal:

a) que se han cumplido los requisitos establecidos en los párrafos 1 y 3 del artículo 20;

---

pág. 812. Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Tercer circuito. 30 de junio de 1981. Reproducido en International Legal Materials, vol. XXI, pág. 621 (1982)).

b) que ha transcurrido un plazo de al menos cuatro meses contados desde la fecha en que se haya hecho o se entienda hecha, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 20, la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe el proceso; y

c) que los presentes artículos no le prohíben ejercer jurisdicción.

2. De la sentencia dictada en ausencia contra un Estado se transmitirá a éste copia, a la que se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado, por uno de los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 20 y de conformidad con lo dispuesto en dicho párrafo.

3. El plazo señalado para recurrir en anulación una sentencia dictada en ausencia no será inferior a cuatro meses y empezará a correr desde la fecha en que el Estado interesado haya recibido o se entiende que ha recibido la copia de la sentencia.

Comentario

1) Parece existir la práctica aceptada de exigir la prueba de que se ha cumplido el procedimiento de notificación de la demanda y ha expirado el plazo antes de dictar sentencia en ausencia contra un Estado extranjero. Existe también el requisito de que la sentencia que se haya dictado en ausencia se notifique al Estado interesado por el mismo procedimiento o conducto que la notificación de la demanda 204/.

204/ Cf. Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, art. 16, párr. 7.

Se encuentran disposiciones comparables, por ejemplo, en la Ley sobre la Inmunidad de los Soberanos Extranjeros, de los Estados Unidos (art. 1608 e)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, del Reino Unido (párrs. 4 y 5 del art. 12)); la Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de Singapur (párrs. 4 y 5 del art. 14)); el Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, del Pakistán (párrs. 4 y 5 del art. 13)); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Sudáfrica (párrs. 4 y 5 del art. 13)); la Foreign States Immunities Amendment Act, de Sudáfrica de 1988 (párr. 5 del art. 13); la Ley por la que se regula la inmunidad de los Estados en los tribunales canadienses, del Canadá (art. 10); la Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Australia (arts. 27 y 28). Por lo que respecta a la práctica judicial reciente, véase, por ejemplo, Países Bajos Azeta BV v. Republic of Chile (Tribunal de distrito de Rotterdam, 5 de diciembre de 1984, colección del Instituto N° 2334); Murphy v. Republic of Panama d/b/a Air Panama International (751 F. Suppl. 1540, Tribunal de distrito de los Estados Unidos, S.D. Florida, 12 de diciembre de 1990).

Párrafo 1

2) La sentencia en ausencia no puede dictarse por la mera ausencia de un Estado ante el tribunal de otro Estado. El tribunal debe comprobar que se han cumplido ciertas condiciones antes de dictar su fallo. Estas condiciones se exponen en el párrafo 1. La notificación en debida forma de la demanda es una condición previa para poder solicitar que se dicte sentencia en ausencia contra un Estado. Con arreglo al apartado a) del párrafo 1, aunque el Estado demandado no comparezca ante el tribunal, éste tiene que comprobar a su entera satisfacción que la notificación de la demanda se hizo debidamente de conformidad con los párrafos 1 y 3 del artículo 20. El apartado b) del párrafo 1 ofrece una protección adicional a los Estados al exigir el transcurso de un plazo no inferior a cuatro meses contado desde la fecha de notificación. La duración de ese plazo, que era de tres meses en el texto aprobado en primera lectura, se amplió a cuatro meses en segunda lectura. El juez, por supuesto, puede ampliar discrecionalmente el plazo mínimo de cuatro meses si la legislación interna lo permite. El apartado c) del párrafo 1 requiere además que el tribunal determine de oficio que el Estado interesado no gozaba de inmunidad respecto de la jurisdicción del tribunal. Esta disposición, que se ha introducido en segunda lectura en respuesta a una sugerencia hecha en la Sexta Comisión y apoyada por varias delegaciones, ofrece una importante salvaguardia en consonancia con la disposición del párrafo 1 del artículo 6. Sin embargo, el nuevo apartado c) del párrafo 1 no guarda relación con la cuestión de la competencia del tribunal, cuestión que corresponde determinar a cada ordenamiento jurídico.

Párrafo 2

3) El párrafo 2 tiene por objeto garantizar que se transmita al Estado copia de la sentencia dictada en ausencia de conformidad con el procedimiento y los medios establecidos en el párrafo 1 del artículo 20.

Párrafo 3

4) El párrafo 3 tiene por objeto garantizar una comunicación eficaz con el Estado interesado y dar la debida posibilidad al Estado demandado para recurrir por vía de apelación o por otra vía contra el fallo dictado en ausencia. Si se señala un plazo para recurrir contra el fallo dictado en ausencia debe haber transcurrido por lo menos otro plazo no inferior a cuatro

meses antes de que pueda adoptarse ninguna medida en ejecución del fallo. La duración del plazo era de tres meses en el texto aprobado en primera lectura, pero en segunda lectura se amplió a cuatro meses.

Artículo 22

Privilegios e inmunidades durante la sustanciación del proceso ante un tribunal

1. El hecho de que un Estado incumpla o rehúse cumplir el requerimiento de un tribunal de otro Estado por el que se le intime a realizar o abstenerse de realizar determinado acto o a presentar cualquier documento o revelar cualquier otra información a los efectos del proceso no tendrá más consecuencias que las que resulten de tal comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se condenará a ninguna multa o pena al Estado que haya incumplido o rehusado cumplir tal requerimiento.

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

Comentario

Párrafo 1

1) El artículo 22, que es una fusión de los artículos 26 y 27 aprobados provisionalmente en primera lectura, se refiere a la inmunidad del Estado respecto de medidas coactivas y a las inmunidades procesales en un tribunal de otro Estado.

2) Algunas veces, los Estados pueden verse en la imposibilidad, por razones de seguridad o conforme a su derecho interno, de presentar ciertos documentos o revelar ciertas informaciones ante un tribunal de otro Estado. Por consiguiente, los Estados no deben estar sujetos a ninguna pena por proteger su seguridad nacional o cumplir las disposiciones de su derecho interno.

Al mismo tiempo, no hay que pasar por alto los intereses legítimos del litigante privado 205/.

3) El párrafo 1 dispone que ese tipo de conducta no entrañará "consecuencias", aunque especifica que seguirán produciéndose las consecuencias que resulten normalmente de ese comportamiento en relación con el fondo del asunto. Esto reserva la aplicabilidad de las normas pertinentes del derecho interno del Estado del foro sin exigir al otro Estado que testifique o presente un documento.

4) Los tribunales están obligados por sus propias reglas procesales. Según las reglas procesales de muchos Estados, la negativa, por cualquier causa, a declarar de un litigante permitiría, o incluso obligaría, al juez a deducir ciertas conclusiones que pueden afectar al fondo del asunto. Tales deducciones del juez, con arreglo a las reglas procesales internas del Estado del foro, cuando están autorizadas, no se consideran una pena. La última oración especifica que no se impondrá ninguna multa o pena pecuniaria.

Párrafo 2

5) Con arreglo al párrafo 2, las inmunidades procesales a que se refiere esta disposición se aplican tanto a un Estado demandante como a un Estado demandado. Se formularon reservas acerca de la aplicación de estas inmunidades procesales en el caso de que el Estado fuera damandante en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, ya que, en algunos ordenamientos jurídicos, la fianza del pago de las costas se exige sólo a los demandantes y no a los demandados.

205/ Cf. Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, arts. 17 y 18.

Por lo que respecta a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, véase por ejemplo: Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Australia (art. 29); Decreto sobre la Inmunidad de los Estados, del Pakistán (apartado a) del párr. 2 y párrs. 3 y 4 del art. 14); Ley sobre la Inmunidad de los Estados, de Singapur (párrs. 1, 2, 3 y 5 del art. 15), Ley sobre las Inmunidades de los Estados Extranjeros, de Sudáfrica (apartado a) del párr. 1 y párr. 2 del art. 14); Ley sobre la Inmunidad de los Estados, del Reino Unido (párr. 1, apartado a) del párr. 2 y párrs. 3 y 5 del art. 13).

Capítulo III

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

A. Introducción 206/

29. La Comisión incluyó el tema titulado "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación" en el programa de trabajo de su 23° período de sesiones, en 1971, en cumplimiento de la recomendación formulada por la Asamblea General en su resolución 2669 (XXV), de 8 de diciembre de 1970.

30. La labor iniciada por los tres Relatores Especiales anteriores fue continuada por el Sr. Stephen C. McCaffrey, nombrado por la Comisión Relator Especial del tema en el 37° período de sesiones, en 1985.

31. En dicho período de sesiones, el Relator Especial presentó un informe preliminar 207/ en el que pasaba revista a la labor que la Comisión había realizado hasta la fecha y exponía sus opiniones preliminares sobre las líneas generales con arreglo a las cuales la Comisión podría llevar adelante sus trabajos sobre el tema. Todos los miembros manifestaron su conformidad con la propuesta del Relator Especial de ajustarse en general al esquema propuesto por los anteriores Relatores Especiales para la elaboración de nuevos artículos sobre el tema.

206/ Véase una exposición más completa de los antecedentes así como una relación más detallada de la labor de la Comisión sobre este tema en Anuario... 1985, vol. II (Segunda parte), págs. 73 a 76, documento A/40/10, párrs. 268 a 278, y en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10)), párrs. 621 a 636.

207/ La Comisión recibió el primer informe del Relator Especial (Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), pág. 91, documento A/CN.4/393) en su 37° período de sesiones; el segundo informe (A/CN.4/399 y Add.1 y 2) en su 38° período de sesiones; el tercer informe (A/CN.4/406 y Corr.1, A/CN.4/406/Add.1 y Corr.1 y A/CN.4/406/Add.2 y Corr.1), en su 39° período de sesiones; el cuarto informe (A/CN.4/412, A/CN.4/412/Add.1 y Corr.1 y A/CN.4/412/Add.2 y Corr.1 a 3), en su 40° período de sesiones; el quinto informe (A/CN.4/421 y Corr.1 (en inglés solamente), Corr.2, Corr.3 (en chino solamente) y Corr.4 y A/CN.4/421/Add.1 y 2), en su 41° período de sesiones; y el sexto informe (A/CN/4/427 y Corr.1 y A/CN.4/427/Add.1) en su 42° período de sesiones.

32. Del 37° período de sesiones (1985) al 42° período de sesiones (1990), el Relator Especial presentó a la Comisión seis informes sobre el tema.

33. En su 39° período de sesiones, en 1987, la Comisión aceptó la recomendación del Comité de Redacción concerniente al artículo 1 y al empleo del término "sistema" 208/ y aprobó provisionalmente seis artículos 209/. En su 40° período de sesiones, en 1988, la Comisión aprobó provisionalmente catorce artículos 210/.

34. En su 42° período de sesiones, en 1990, la Comisión aprobó provisionalmente seis artículos 211/ y remitió asimismo al Comité de Redacción los artículos propuestos por el Relator Especial en su quinto informe y en la primera parte de su sexto informe 212/.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

35. En el presente período de sesiones, la Comisión dispuso de la segunda parte del sexto informe (A/CN.4/427/Add.1) y el séptimo informe (A/CN.4/436

208/ Concretamente, la Comisión acordó dejar a un 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 (aprobada por la Comisión en su 32° período de sesiones). Véase Anuario... 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 26, nota 83.

209/ Se trata de los artículos 2 a 7. Al terminar la primera lectura, el artículo 3 pasó a ser el apartado c) del artículo 2 y se volvieron a numerar los artículos. Véase más abajo, sección D.1 y notas correspondientes. Los comentarios relativos a dichos artículos figuran en ibid., págs. 27 a 39.

210/ Se trata de los artículos 8 a 21. Al terminar la primera lectura, se volvieron a numerar varios de esos artículos. Véase más abajo, sección D.1 y notas correspondientes. Los comentarios relativos a dichos artículos figuran en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), págs. 39 a 59.

211/ Se trata de los artículos 22 a a 27. Al terminar la primera lectura, se volvieron a numerar esos artículos. Véase más abajo, sección D.1 y notas correspondientes. Los comentarios relativos a dichos artículos figuran en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), págs. 159 a 194).

212/ En los informes del Relator Especial esos artículos figuraban numerados provisionalmente como artículos 24 a 28, párrafo 1 del artículo 3 y artículo 4. Véase ibid,, párrs. 259 a 304.

y Corr. 1 a 3). La segunda parte del sexto informe contenía un capítulo sobre el arreglo de controversias, que ya se había presentado en el último período de sesiones, pero que no se había examinado por falta de tiempo. Con objeto de que la Comisión aprovechara lo mejor posible el tiempo de que disponía, el Relator Especial propuso, sin embargo, que no se abordara ese capítulo. Recomendó en cambio que el debate se centrara en su séptimo informe y, en particular, en la cuestión de los términos empleados.

36. El séptimo informe presentado por el Relator Especial contenía capítulos sobre la estructura de la parte I del proyecto de artículos y sobre los términos empleados. Contenía también una propuesta de artículo [1] [2] sobre los términos empleados, que comprendía dos variantes, A y B.

37. La Comisión examinó el séptimo informe en sus sesiones 2213a. a 2218a. En su 2218a. sesión, la Comisión remitió el artículo [1] [2] al Comité de Redacción.

38. El séptimo informe del Relator Especial trataba principalmente de la cuestión de la definición de "curso de agua internacional" y del concepto de curso de agua como un "sistema" de aguas. El Relator Especial consideraba importante que el proyecto de artículos en preparación estuviera basado en la realidad hidrológica, esto es, que un curso de agua es un sistema de componentes hidrológicos relacionados entre sí. El curso de agua internacional podía definirse entonces como un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en dos o más Estados. El Relator propuso dos versiones, la variante A y la variante B, del artículo [1] [2], sobre los términos empleados 213/. Aunque las definiciones empleadas eran las mismas en ambas

---

213/ Las dos versiones del artículo [1] [2], sobre los términos empleados, propuestas por el Relator Especial eran las siguientes:

"Artículo [1] [2]

Términos empleados

Variante A:

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por "sistema de 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 conjunto unitario;

versiones, los términos definidos eran ligeramente distintos, por cuanto en la variante A se incluía la expresión "sistema" mientras que la variante B se limitaba a la expresión "curso de agua".

39. El informe destacaba también la cuestión de las aguas subterráneas que, según el informe, constituían uno de los componentes más importantes de un sistema de curso de agua. En cuanto a su cantidad se hacía notar que las aguas subterráneas representaban el 97% del agua dulce de la Tierra, con exclusión de los casquetes polares y los glaciares, frente a la contenida en lagos y ríos, que en su conjunto no llegaba al 2%. A juicio del Relator Especial, el mero volumen de las aguas subterráneas justificaba su inclusión en el ámbito del proyecto de artículos.

---

b) se entiende por "sistema de un curso de agua internacional" el sistema de un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

c) se entiende por "Estado del [sistema de un] [curso de agua]" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte del sistema de un curso de agua internacional.

Variante 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 conjunto unitario;

b) se entiende por "curso de agua internacional" un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

c) se entiende por "Estado del [sistema de un] [curso de agua]" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional."

40. El Relator Especial también había suscitado en su informe la cuestión de la noción de que un curso de agua podía tener un carácter internacional relativo 213 bis/. Consideraba que la noción de relatividad era incompatible con la naturaleza unitaria del sistema de un curso de agua y ponía de relieve que, en todo caso, el requisito de un efecto real o potencial sobre otro Estado del curso de agua ya se había incorporado al propio proyecto de artículos. Por eso, a su juicio, ya no era necesario incluir la noción de internacionalidad relativa en la definición del "curso de agua".

41. El Relator Especial invitaba en su informe a los miembros de la Comisión a formular observaciones, en particular, sobre las siguientes cuestiones de fondo:

- si, a los efectos del proyecto de artículos, la expresión "curso de agua" debía definirse como un "sistema" de aguas;
- si la definición de "curso de agua" debía incluir las aguas subterráneas y, en caso afirmativo, si el proyecto de artículos debía aplicarse tanto a las aguas subterráneas relacionadas con las aguas de superficie (aguas subterráneas "libres") como a las aguas subterráneas

---

213 bis/ Cabe recordar que la noción de "carácter internacional relativo de un curso de agua" se basaba en una hipótesis de trabajo provisional aceptada por la Comisión en 1980 como base para su labor. La hipótesis de trabajo provisional decía 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.
>
> Un "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."

no relacionadas con las aguas de superficie (aguas subterráneas "confinadas"), o si debía aplicarse únicamente a las aguas subterráneas "libres";

- si, a los efectos del proyecto de artículos, debía considerarse que el curso de agua tenía un "carácter internacional relativo".

42. El Relator Especial planteó también la cuestión de la estructura de la parte I del proyecto de artículos. Recomendó a este respecto que se invirtiera el orden de los artículos 1 y 2 de modo que el proyecto empezara con un artículo sobre el "ámbito de aplicación", seguido por el relativo a los "términos empleados". Propuso asimismo que se trasladase el artículo 3, sobre la definición de "Estado del curso de agua" (o "Estado del sistema"), ya aprobada por la Comisión, al artículo sobre los términos empleados, ya que esa definición estaba estrechamente relacionada con la de "curso de agua internacional" o "sistema de un curso de agua internacional".

43. En lo que respecta a los dos últimos puntos, los miembros que se refirieron a esta cuestión apoyaron unánimemente la propuesta de invertir el orden de los artículos 1 y 2, de modo que el proyecto comenzara con un artículo sobre el ámbito de aplicación, seguido por un artículo relativo a los términos empleados. Fue también unánime el apoyo al traslado de la definición del "Estado del curso de agua" del artículo 3 al artículo sobre los términos empleados.

44. En cuanto a la cuestión de si la expresión "curso de agua" debía definirse como "sistema" de aguas, la mayoría de los miembros que se refirieron a este punto se manifestaron favorables a la utilización de ese concepto en la definición. A su juicio, lo esencial de la definición de un sistema de curso de agua era la interdependencia de las distintas partes de dicho sistema, que hacían de éste un conjunto unitario. Por otra parte se dijo que sólo un enfoque global de un curso de agua internacional como sistema en movimiento constante podía permitir la plena aplicación del principio de utilización equitativa y razonable de un curso de agua.

45. Varios miembros que apoyaban el concepto del sistema estimaron, sin embargo, que la definición debía incluir la idea contenida en las Normas de Helsinki, con arreglo a las cuales las aguas de un sistema tenían que fluir a un término común. A su juicio, esa inclusión haría que el artículo fuera más preciso y mantendría dentro de límites razonables el ámbito de aplicación de los artículos.

46. Ciertos miembros que se refirieron a esta cuestión manifestaron, sin embargo, reservas sobre el uso del concepto de sistema en la definición de un curso de agua. Esa definición podía comprender todas las aguas de un territorio determinado. Esto significaría que gran parte de las aguas de ese territorio serían objeto de reglamentación internacional. Y ese criterio iría en menoscabo de la soberanía de los Estados y representaría una injerencia en el derecho de cada país a utilizar sus propios recursos en función de sus prioridades e intereses nacionales.

47. Un miembro señaló a este respecto que, como un curso de agua se componía de diferentes partes, correspondería a los Estados interesados determinar por medio de acuerdos de curso de agua específicos cuáles de esas diferentes partes debían ser objeto de reglamentación por los Estados del curso de agua.

48. En cuanto a la cuestión de la inclusión de las aguas subterráneas en la definición de curso de agua, la mayoría de los miembros que se refirieron a ella se declararon favorables a esa inclusión. Se estimó, en efecto, que el simple volumen de las aguas subterráneas, sus relaciones con las aguas de los ríos y los lagos y el hecho de que las aguas subterráneas estuvieran siempre en movimiento de manera muy semejante a las aguas de superficie eran razones suficientes para su inclusión en la definición de un curso de agua. Por otra parte, toda medida relacionada con las aguas subterráneas, especialmente con las aguas subterráneas "libres", podía influir en los usos de un curso de agua internacional. La mayoría de los miembros que se refirieron a esta cuestión estimaron, sin embargo, que sólo las aguas subterráneas "libres" relacionadas con aguas de superficie debían incluirse en la definición. Esos miembros estimaban que las aguas subterráneas "confinadas" no debían incluirse porque, a su juicio, faltaba en ellas la relación física con las aguas de superficie, y eso hacía que dichas aguas no formaran parte del "conjunto unitario". No obstante, un miembro expresó la opinión de que las aguas subterráneas que discurrían por dos o más Estados también debían incluirse en la definición por serles aplicables las mismas reglas.

49. Algunos miembros expresaron, sin embargo, ciertas reservas en cuanto a la inclusión de las aguas subterráneas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. A su juicio, la inclusión de las aguas subterráneas en dicho ámbito podía hacer que casi todas las aguas del territorio de algunos Estados quedaran sometidas a reglamentación internacional. Y ellos no creían que tal fuera el fin a que tendía el proyecto de artículos que se estaba preparando.

50. Otros miembros opinaron que, aunque todos los componentes de un curso de agua internacional podían ser considerados como un conjunto unitario a los efectos del proyecto de artículos, debían redactarse normas especiales sobre las aguas subterráneas, pese a que éstas formasen parte del ciclo hidrológico. A su juicio, el proyecto de artículos trataba fundamentalmente de las aguas de superficie y no contenía disposiciones que se refirieran concretamente a las características especiales de las aguas subterráneas. Sugerían, pues, que las aguas superficiales, y sobre todo las aguas de superficie confinadas, fueran objeto de un régimen separado.

51. Advirtióse también que la inclusión de las aguas subterráneas en la definición de "curso de agua" haría difícil "determinar por simple observación en la gran mayoría de los casos" si partes de un curso de agua se encontraban en Estados distintos 214/.

52. Por lo que respecta a la cuestión de si a los efectos del proyecto de artículos un curso de agua debía ser considerado como de "carácter internacional relativo", muchos de los miembros que se refirieron a ella convinieron con el Relator Especial en que la noción del "carácter internacional relativo" de un curso de agua, contenida en la hipótesis de trabajo provisional adoptada en 1980 por la Comisión, era innecesaria y no haría más que complicar la aplicación de los artículos. Por otra parte, el concepto de carácter internacional relativo de un curso de agua sería fuente de incertidumbre. Si se adoptaba el concepto de "sistema de un curso de agua" era evidente que el uso de todos los componentes que constituyeran ese "sistema" tenía que regularse de forma tal que no perjudicara a otros Estados del curso de agua o al propio curso de agua. Se opinó además que ese concepto ya no era necesario, por cuanto en el proyecto de artículos se habían incluido garantías suficientes como para hacer superflua la idea de una internacionalidad relativa del curso de agua.

214/ Véase el comentario al artículo 3, Anuario..., 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 27. Al finalizar la primera lectura, el artículo 3 pasó a constituir el apartado c) del artículo 2.

53. Según varios miembros, sin embargo, en consonancia con la hipótesis de trabajo provisional adoptada por la Comisión en 1980, un sistema sólo era internacional en la medida en que los usos de las aguas de ese sistema produjeran efectos los unos en los otros. A su juicio, pues, el curso de agua no tenía nunca un carácter internacional absoluto, sino sólo relativo. El objeto del párrafo sobre el carácter internacional relativo de un curso de agua era servir de garantía a los Estados ribereños contra una ampliación excesiva o improcedente del ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

54. El Relator Especial, en respuesta al debate sobre las cuestiones que se habían suscitado en relación con el séptimo informe, dijo, en lo concerniente a si debía o no utilizarse el concepto de "sistema" en el proyecto de artículos, que el debate de la Comisión había puesto de relieve una clara preferencia por la utilización de ese concepto.

55. En lo que respecta a la cuestión de la inclusión de las aguas subterráneas, el Relator Especial llegó a la conclusión de que el debate había indicado claramente que las aguas subterráneas debían incluirse en el ámbito de aplicación de los artículos, al menos en tanto en cuanto estuvieran relacionadas con las aguas de superficie. Esa opinión se basaba en la extensa utilización de las aguas subterráneas como agua potable, utilización que se incrementaría considerablemente en el próximo futuro a medida que la población siguiera aumentando. Por otra parte la contaminación de las aguas de superficie podía contaminar los acuíferos y viceversa, haciendo inutilizables esos recursos para las necesidades humanas. El debate había demostrado que al menos ciertos tipos de aguas subterráneas debían incluirse en el concepto de sistema de un curso de agua.

56. En cuanto a la cuestión del carácter internacional relativo de un curso de agua, el Relator Especial hizo notar que, si se incluía en el proyecto de artículos, la noción de relatividad representaría un serio obstáculo para la aplicación de dicho proyecto. Así, por ejemplo, un Estado no sabría si él mismo era un "Estado del curso de agua" a menos que pudiera determinarse qué partes de las aguas de su territorio estaban afectadas por usos de aguas en otro Estado o afectaban a esos usos. Para los Estados del curso de agua sería difícil, a juicio del Relator Especial, cumplir las distintas obligaciones, así como ejercitar ciertos derechos, contenidos en el proyecto de artículos.

En su opinión, el debate había indicado claramente que la noción del carácter internacional relativo de un curso de agua no debía incluirse en la definición de la expresión "curso de agua internacional" o "sistema de un curso de agua internacional".

57. En sus sesiones 2228a. a 2231a., la Comisión, habiendo examinado el informe del Comité de Redacción, aprobó provisionalmente en primera lectura los siguientes artículos: artículo 2 (Términos empleados); artículo 10 (Relación entre los usos); artículo 26 (Gestión); artículo 27 (Regulación); artículo 28 (Instalaciones); artículo 29 (Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado); y artículo 32 (No discriminación) 215/. La Comisión aprobó también el artículo 30 (Procedimientos indirectos) y el artículo 31 (Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales), que constituían versiones modificadas y numeradas de nuevo de dos artículos previamente aprobados, a saber, los artículos 20 y 21. En la 2231a. sesión, la Comisión aprobó en primera lectura el proyecto de artículos en su totalidad. Los artículos se reproducen en la sección D.1 del presente capítulo.

58. En su 2237a. sesión, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir los artículos que figuran en la sección D.1 del presente capítulo, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General el 1° de enero de 1993 a más tardar.

C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Stephen C. McCaffrey

59. En su 2231a. sesión, el 27 de junio de 1991, la Comisión, tras adoptar el texto de los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

215/ El texto de los artículos y los comentarios correspondientes figuran en la sección D.2 del presente capítulo.

"La Comisión de Derechos Internacional,

Habiendo aprobado provisionalmente el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación,

Desea expresar al Relator Especial, Sr. Stephen C. McCaffrey, su profundo reconocimiento por la destacada contribución que ha aportado al estudio del tema con su erudita investigación y su vasta experiencia, que han permitido a la Comisión llevar a feliz término su primera lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación."

D. Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

1. Texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura

Parte I

INTRODUCCION

Artículo 1 216/

Ambito de aplicación de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Artículo 2 217/

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por "curso de agua internacional" un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

216/ Aprobado inicialmente como artículo 2. El comentario figura en Anuario... 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 26.

217/ El apartado c) fue aprobado inicialmente como artículo 3. Véase el comentario en ibid., pág. 27. El comentario de los apartados a) y b) figura más abajo, sec. D.2.

b) se entiende por "curso de agua" un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común;

c) se entiende por "Estado del curso de agua" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.

Artículo 3 218/

Acuerdos de curso de agua

1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados "acuerdos de curso de agua", que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua.

2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe apreciablemente el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua.

Artículo 4 219/

Partes en acuerdos de curso de agua

1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.

218/ Aprobado inicialmente como artículo 4. El comentario figura en Anuario... 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 27.

219/ Aprobado inicialmente como artículo 5. Véase el comentario en ibid., pág. 31.

2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendráderecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5 220/

Utilización y participación equitativas y razonables

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

Artículo 6 221/

Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;

b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;

220/ Aprobado inicialmente como artículo 6. Véase el comentario en ibid., pág. 32.

221/ Aprobado inicialmente como artículo 7. Véase el comentario en ibid., pág. 37.

c) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;

d) los usos existentes y potenciales del curso de agua;

e) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;

f) la existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.

Artículo 7 222/

Obligación de no causar daños apreciables

Los Estados del curso de agua utilizarán un curso de agua internacional de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua.

Artículo 8 223/

Obligación general de cooperación

Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

Artículo 9 224/

Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

222/ Aprobado inicialmente como artículo 8. El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 39.

223/ Aprobado inicialmente como artículo 9. Véase el comentario en ibid., pág. 45.

224/ Aprobado inicialmente como artículo 10. Véase el comentario en ibid., pág. 47.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información de los que razonablemente no pueda disponer hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del curso de agua a los que se comuniquen.

Artículo 10 225/

Relación entre los usos

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Parte III

MEDIDAS PROYECTADAS

Artículo 11 226/

Información sobre las medidas proyectadas

Los Estados del curso de agua intercambiarán información y se consultarán acerca de los posibles efectos de las medidas proyectadas sobre el estado de un curso de agua internacional.

Artículo 12 227/

Notificación de las medidas proyectadas que pueden causar un efecto perjudicial

El Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto

---

225/ Véase el comentario más abajo, sec. D.2.

226/ El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 50.

227/ Véase el comentario en ibid.

perjudicial apreciable a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas.

Artículo 13 228/

Plazo para responder a la notificación

A menos que se hubiere acordado otra cosa, el Estado del curso de agua que haga la notificación a que se refiere el artículo 12 dará a los Estados a los que se haga esa notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas y comunicarle sus conclusiones.

Artículo 14 229/

Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta

Durante el plazo a que se refiere el artículo 13, el Estado notificante cooperará con los Estados a los que se haga la notificación facilitándoles, cuando se lo pidan, cualesquiera otros datos e información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa y no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación.

Artículo 15 230/

Respuesta a la notificación

1. Los Estados a los que se haya hecho la notificación comunicarán lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante.

2. El Estado al que se haya hecho la notificación, si llegare a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, comunicará al Estado notificante, dentro del plazo mencionado en el artículo 13, esa conclusión, a la que acompañará una exposición documentada de las razones en que aquélla se funde.

228/ Véase el comentario en ibid., pág. 53.

229/ Véase el comentario en ibid., pág. 54.

230/ Véase el comentario en ibid.

Artículo 16 231/

Falta de respuesta a la notificación

Si dentro del plazo mencionado en el artículo 13, el Estado notificante no recibe comunicación alguna de las previstas en el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, podrá iniciar la ejecución de las medidas proyectadas, de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación.

Artículo 17 232/

Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas

1. En caso de que se haga una comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante y el Estado autor de la comunicación iniciarán consultas y negociaciones para llegar a una solución equitativa.

2. Las consultas y negociaciones se celebrarán con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado notificante no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un plazo que no excederá de seis meses, si el Estado al que se haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que haga la comunicación.

Artículo 18 233/

Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Todo Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que otro Estado del curso de agua proyecta tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial apreciable podrá pedir a éste que aplique las disposiciones del artículo 12. La petición irá acompañada de una exposición documentada de las razones en que se funde esa convicción.

231/ Véase el comentario en ibid., pág. 55.

232/ Véase el comentario en ibid., pág. 56.

233/ Véase el comentario en ibid., pág. 57.

2. En caso de que el Estado que proyecte tomar las medidas llegue no obstante a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12, lo comunicará al otro Estado y le presentará una exposición documentada de las razones en que se funde esa conclusión. Si el otro Estado no está de acuerdo con esa conclusión, los dos Estados iniciarán sin demora, a petición de ese otro Estado, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado que proyecte tomar las medidas no las ejecutará ni permitirá su ejecución, por un plazo que no excederá de seis meses, si el otro Estado lo solicita en el momento en que pida que se inicien las consultas y negociaciones.

Artículo 19 234/

Ejecución urgente de las medidas proyectadas

1. En caso de que la ejecución de las medidas proyectadas sea de extrema urgencia para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes, el Estado que proyecte tomar las medidas podrá, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, iniciar inmediatamente su ejecución, no obstante lo dispuesto en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17.

2. En tales casos, se hará una declaración formal sobre la urgencia de las medidas a los demás Estados del curso de agua a que se refiere el artículo 12, y se transmitirán a éstos los datos y la información pertinente.

3. El Estado que proyecte tomar las medidas iniciará sin demora, con cualquiera de los Estados a que se refiere el párrafo 2 que lo solicite, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

Parte IV

PROTECCION Y PRESERVACION

Artículo 20 235/

Protección y preservación de los ecosistemas

Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual o conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales.

234/ Véase el comentario en ibid., pág. 58.

235/ Aprobado inicialmente como artículo 22. El comentario figura en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10) (A/45/10), pág. 159.

Artículo 21 236/

Prevención, reducción y control de la contaminación

1. A los efectos de este artículo, se entiende por "contaminación de un curso de agua internacional" toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional que resulte directa o indirectamente de un comportamiento humano.

2. Los Estados del curso de agua prevendrán, reducirán y controlarán, individual o conjuntamente, la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente, incluidos los daños a la salud o la seguridad humanas, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil o a los recursos vivos del curso de agua. Los Estados del curso de agua tomarán disposiciones para armonizar su política a este respecto.

3. Los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias cuya introducción en las aguas de un curso de agua internacional haya de ser prohibida, limitada, estudiada o vigilada.

Artículo 22 237/

Introducción de especies extrañas o nuevas

Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para impedir la introducción, en un curso de agua internacional, de especies extrañas o nuevas que produzcan o puedan producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua que originen daños apreciables para otros Estados del curso de agua.

Artículo 23 238/

Protección y preservación del medio marino

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas con respecto a un curso de agua internacional que sean necesarias para proteger y preservar el medio marino, incluidos los estuarios, teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas.

236/ Aprobado inicialmente como artículo 23. Véase el comentario en *ibid.*, pág. 172.

237/ Aprobado inicialmente como artículo 24. Véase el comentario en *ibid.*, pág. 182.

238/ Aprobado inicialmente como artículo 25. Véase el comentario en *ibid.*, pág. 184.

Parte V

EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA

Artículo 24 239/

Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas apropiadas para prevenir o atenuar los efectos que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano, como crecidas o deshielos, enfermedades de origen hídrico, entarquinamiento, erosión, intrusión de agua salada, sequía o desertificación, que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua.

Artículo 25 240/

Casos de urgencia

1. A los efectos de este artículo, se entiende por "caso de urgencia" toda situación que causa graves daños a los Estados del curso de agua o a otros Estados o crea un peligro inminente de causar tales daños, y que resulta súbitamente de causas naturales, como las crecidas, el deshielo, los desprendimientos de tierras o los terremotos, o de un comportamiento humano, como en el caso de los accidentes industriales.

2. Todo Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier caso de urgencia que sobrevenga en su territorio.

3. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia.

4. A ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a los casos de urgencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes.

239/ Aprobado inicialmente como artículo 26. Véase comentario en ibid., pág. 186.

240/ Aprobado inicialmente como artículo 27. Véase comentario en ibid., pág. 190.

Parte VI

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 26 241/

Gestión

1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión.

2. A los efectos de este artículo, se entiende por "gestión", en particular:

a) el hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y de velar por la ejecución de los planes que se adopten; y

b) el hecho de promover de otro modo la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua.

Artículo 27 242/

Regulación

1. Los Estados del curso de agua cooperarán según proceda en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

2. Salvo que hayan acordado otra cosa, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento o la financiación de las obras de regulación que hayan convenido en ejecutar.

3. A los efectos de este artículo, se entiende por "regulación" la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

Artículo 28 243/

Instalaciones

1. Los Estados del curso de agua harán lo posible, dentro de sus respectivos territorios, por mantener y proteger las instalaciones,

---

241/ Véase el comentario más abajo, sec. D.2.

242/ Ibid.

243/ Ibid.

construcciones y otras obras relacionadas con un curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales apreciables, consultas sobre:

a) el buen funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones, construcciones u otras obras relacionadas con un curso de agua internacional;

b) la protección de las instalaciones, construcciones u otras obras contra actos dolosos o culposos o contra las fuerzas naturales.

Artículo 29 244/

Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizadas en violación de esos principios y normas.

Artículo 30 245/

Procedimientos indirectos

Cuando haya graves obstáculos para establecer contactos directos entre Estados del curso de agua, los Estados interesados cumplirán las obligaciones de cooperación que les incumben con arreglo a los presentes artículos mediante el intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones, por cualquier procedimiento indirecto que hayan aceptado.

244/ Ibid.

245/ Este artículo, aprobado inicialmente como artículo 21, ha sido trasladado a la parte IV y se ha modificado su enunciado para hacerlo aplicable al conjunto de los artículos. En particular, se ha modificado el texto para prever el supuesto del cumplimiento por medios indirectos de todo el conjunto de obligaciones procesales enunciadas en el proyecto. El comentario al antiguo artículo 21 sigue siendo válido para el artículo 30 y figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 59.

Artículo 31 246/

Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en los presentes artículos obliga a ningún Estado del curso de agua a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, todo Estado del curso de agua cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Artículo 32 247/

No discriminación

Los Estados del curso de agua no incurrirán en discriminación basada en la nacionalidad o la residencia en el reconocimiento de la libertad de acceso al proceso judicial o de otra índole, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, de toda persona natural o jurídica que haya sufrido daños apreciables a consecuencia de una actividad relacionada con un curso de agua internacional o que esté expuesta a un riesgo de sufrir tales daños.

2. Texto de los artículos 2, 10, 26 a 29 y 32, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43° período de sesiones

Parte I

INTRODUCCION

...

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por "curso de agua internacional" un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

246/ Aprobado inicialmente como artículo 20. Véase el comentario en ibid., pág. 58.

247/ Véase el comentario más abajo, sec. D.2.

b) se entiende por "curso de agua" un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común;

c) se entiende por "Estado del curso de agua" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.

Comentario

1) En el artículo 2 se definen ciertos términos que se utilizan en todo el proyecto de artículos. Otros términos que sólo se utilizan en un artículo determinado se definen en ese mismo artículo.

2) En el apartado a) se define la expresión "curso de agua internacional", que se emplea en el título del tema y en todo el proyecto de artículos. Lo importante en este párrafo es el adjetivo "internacional", dado que el término "curso de agua" está definido en el apartado b). Con arreglo a lo dispuesto en el apartado a), para que un curso de agua se considere "internacional" es necesario que algunas de sus partes se encuentren en Estados distintos. Como se señala en el comentario al antiguo artículo 3, que ha pasado a ser el apartado c) del presente artículo, la cuestión de saber si algunas partes de un curso de agua se encuentran en Estados distintos "depende de factores físicos, cuya existencia se puede determinar en la gran mayoría de los casos por simple observación" 248/. El ejemplo más común es el de un río o una corriente que constituye o cruza una frontera, o el de un lago que atraviesa un límite fronterizo. Las palabras "se encuentran" no significan que las aguas de que se trata sean estáticas. Como se desprende de la definición de "curso de agua" que figura en el apartado b), si bien el canal, el lecho del lago o el acuífero que contienen las aguas son por naturaleza estacionarios, las aguas están constantemente en movimiento.

3) Un miembro de la Comisión estimó que sería más exacto que los cursos de agua comprendidos en el ámbito de los presentes artículos se calificaran de "multinacionales" o "plurinacionales", ya que, a su juicio, el término "internacional" da a entender que las aguas de que se trata están sujetas a una gestión común.

248/ Anuario..., 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 27.

4) En el apartado b) se define la expresión "curso de agua". Aunque en el proyecto de artículos esta expresión sólo se utiliza conjuntamente con otras (por ejemplo, "curso de agua internacional", "Estado del curso de agua" y "acuerdos de curso de agua"), se ha preferido, para una mayor claridad y precisión, definirla separadamente. Dado que, según se señala en el apartado a), por "curso de agua internacional" se entiende un "curso de agua" que posee determinadas características geográficas, es necesario entender claramente el significado de esta última expresión.

5) Por "curso de agua" se entiende un "sistema de aguas de superficie y subterráneas". Con ello se hace referencia a un sistema hidrológico, integrado por varios componentes diferentes a través de los cuales fluyen las aguas, tanto de superficie como subterráneas. Esos componentes abarcan ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y canales. En la medida en que están relacionados entre sí, esos componentes forman parte de un curso de agua. Esta es la idea que se expresa mediante la fórmula "aguas... que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario". Así, el agua de una corriente puede penetrar en el terreno subyacente, extenderse más allá de las orillas de la corriente, reaparecer después en ésta, fluir hasta un lago que desemboca en un río, ser desviada por un canal hacia un embalse, etc. Dado que las aguas de superficie y subterráneas forman un sistema y que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario, la intervención humana en un punto del sistema puede tener repercusiones en cualquier otro punto. Otra consecuencia del carácter unitario del sistema es que la expresión "curso de agua" no abarca las aguas subterráneas "confinadas", esto es, las que no guardan ninguna relación con aguas superficiales. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión consideraron que esas aguas debían quedar incluidas en la expresión "curso de agua", siempre que una frontera atravesara el acuífero en el que se encontrasen. Se sugirió asimismo la posibilidad de que las aguas subterráneas confinadas fueran estudiadas por separado por la Comisión con miras a la preparación de unos artículos.

6) Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas en cuanto a la inclusión de los canales entre los componentes de los cursos de agua, ya que, en su opinión, el proyecto se había elaborado sobre la base de que un "curso de agua" era un fenómeno natural.

7) Para que un sistema de aguas superficiales y subterráneas constituya un "curso de agua" a los fines del proyecto de artículos, el apartado b) exige también que las aguas de ese sistema fluyan a un "término común". Se ha impuesto este requisito para establecer ciertos límites al ámbito geográfico de los artículos. Así, por ejemplo, el hecho de que dos cuencas de drenaje diferentes estén conectadas por un canal no bastaría para considerarlas parte de un solo "curso de agua" a los efectos de los artículos.

8) Como ya se ha indicado, la definición del "Estado del curso de agua", contenida anteriormente en el artículo 3, se ha trasladado sin modificaciones de fondo al apartado c) del artículo 2. Este cambio tiene por objeto agrupar en un solo artículo sobre los términos empleados la definición de expresiones que aparecen en el conjunto de los artículos.

9) El concepto de sistema de un curso de agua o de red fluvial no es nuevo. Esta última expresión viene utilizándose desde hace mucho tiempo en convenios internacionales para referirse a un río, sus tributarios o afluentes y los canales relacionados con ellos. El Tratado de Versalles contiene varias referencias a estas "redes fluviales". Por ejemplo, al declarar "internacionales" varios ríos, el Tratado se refiere a "todas las partes navegables de estas redes fluviales... junto con los canales laterales y canales construídos ya para doblar o mejorar las secciones naturalmente navegables de las redes fluviales especificadas, o para poner en comunicación dos secciones naturalmente navegables del mismo río" 249/. Si bien el artículo citado se refiere a los usos para fines de navegación, es indudable que el mismo sistema de aguas podría, por el hecho mismo de su interconexión, poner en peligro su utilización equitativa o causar un daño apreciable. En el asunto del Río Oder, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sostuvo

---

249/ Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, firmado el día 28 de junio de 1919 en Versalles. Primera edición española según el texto íntegro de los originales francés e inglés... bajo la dirección de Enrique Díaz Retg, (Barcelona, Editorial A.L.S.A., 1919), artículo 331, pág. 281. Véase asimismo, por ejemplo, el artículo 362, que se refiere a la "red fluvial del Rin", ibid., pág. 295.

que el régimen internacional del río Oder se extendía, con arreglo al Tratado de Versalles, a "todas las partes navegables de estas redes fluviales... junto con los canales laterales y canales construidos ya para doblar o mejorar las secciones naturalmente navegables de las redes fluviales especificadas..." 250/.

10) Disposiciones análogas a las del Tratado de Versalles pueden encontrarse en el Convenio de 1921 por el que se establece el régimen definitivo del Danubio. El artículo 1 de ese Convenio se refiere a la "red fluvial internacionalizada", que comprende, según el artículo 2, "[l]os canales laterales o cauces que se construyan..." 251/.

11) 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" 252/. Una serie de tratados celebrados entre Yugoslavia y sus vecinos a mediados del decenio de 1950 253/ incluyen en su ámbito, entre otras cosas, los "cursos de agua y sistemas hídricos" y, en particular, "las aguas subterráneas" 254/. Dos de estos

---

250/ Fallo de 10 de septiembre de 1929, C.P.J.I., Serie A, N° 23.

251/ Sociedad de las Naciones Recueil des Traités, vol. XXVI, pág. 176.

252/ Convenio entre la URSS y Hungría relativo a las medidas que han de adoptarse para prevenir las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas del río Tisza en la zona fronteriza soviético-húngara, 9 de junio de 1950, Naciones Unidas, Serie legislativa, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation (denominado en adelante Textes législatifs) Tratado N° 227, pág. 827.

253/ Naciones Unidas, Textes législatifs, Tratados Nos. 228 (con Hungría), 128 (con Albania) y 161 (con Bulgaria) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 63.V.4). Véase también el tratado de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 552, pág. 175, art. 2, párr. 3; el Convenio de 1972 entre Suiza e Italia relativo a la protección de las aguas limítrofes contra la contaminación, Revue générale de droit international public, pág. 265 (1975); y el Acuerdo sobre los ríos fronterizos, suscrito el 16 de septiembre de 1971 entre Finlandia y Suecia, cap. 3, art. 1, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 825, pág. 191.

254/ Ibid., Tratados Nos. 228, 128 y 161.

tratados contienen una amplia definición de la expresión "sistema hídrico", la cual comprende "todos los cursos de agua (superficiales o subterráneos, naturales o artificiales)" 255/.

12) El Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo, de 1960, utiliza también el concepto de sistema. En el preámbulo las partes declaran su deseo de "utilizar en la forma más completa y satisfactoria las aguas del sistema fluvial del Indo..." 256/. El Tratado es aplicable a los ríos designados, sus tributarios y los lagos que los conectan 257/, y define en forma lata el término "tributario" 258/.

13) Entre los tratados más modernos, el Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ecológicamente idónea del sistema fluvial común del Zambezi, y el Plan de Acción anexo 259/, merecen destacarse por su enfoque global de la ordenación internacional de los recursos hídricos. Por ejemplo, el Plan de Acción declara que su objetivo es la supresión de ciertos problemas que enumera, "promoviendo así la elaboración y ejecución de una ordenación ecológicamente idónea de los recursos hídricos en todo el sistema fluvial" 260/. Otros tratados demuestran asimismo que los Estados reconocen la importancia de tratar los sistemas de cursos de agua internacionales de

---

255/ Ibid., Tratados Nos. 128 y 228, art. 1, párr. 3.

256/ Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo, de 19 de septiembre de 1960, Textes législatifs, Tratado N° 98, pág. 300.

257/ Ibid., art. 1, párrs. 3 y 8.

258/ Ibid., art. 1, párr. 2.

259/ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ecológicamente idónea del sistema fluvial común del Zambezi, Acta Final, Harare, 26 a 28 de mayo de 1987 (Naciones Unidas, 1987), reproducido en International Legal Materials, vol. XXVII (1988), pág. 1109.

260/ Plan de Acción, ibid., párr. 15.

manera integral 261/. Y a conclusiones semejantes han llegado las organizaciones internacionales y los expertos 262/.

261/ Entre los acuerdos concertados a este respecto figuran el Acta de 1963 relativa a la Navegación y la Cooperación Económica entre los Estados de la Cuenca del Níger, Ley de 26 de octubre de 1963, Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua N° 13 (1984) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 84.II.A.7), pág. 6. Véase también el Convenio de 21 de noviembre de 1980 por el que se crea la Autoridad de la Cuenca del Níger, ibid., pág. 56; la Convención y los Estatutos de 1964 relativos al desarrollo de la Cuenca del Chad, ibid., pág. 8; la Convención de 1978 relativa a la creación de la Organización de aprovechamiento de la cuenca del río Gambia, ibid., pág. 42; el Tratado de 1969 sobre la Cuenca del Plata, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 875, pág. 3, resumido en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 317, documento A/CN.4/274, párr. 60; el Tratado de 1961 relativo al aprovechamiento en cooperación de los recursos hídricos de la cuenca del río Columbia, Tratado de 17 de enero de 1961 entre el Canadá y los Estados Unidos, Traités législatifs, Tratado N° 65; y 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 río Columbia ha utilizado el término "sistema" para referirse a los cursos de agua internacionales. Véase "Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909", memorando del Departamento de Estado [de los Estados Unidos], 85° Congreso, Segunda Sesión, documento N° 118 (Wáshington, D.C., 1958), pág. 89.

262/ La labor de la Comisión Económica para Europa sigue por lo general el mismo criterio. Véanse, por ejemplo, la Declaración sobre política de utilización racional del agua, adoptada por la CEPE en 1984, CEPE, Two Decades of Cooperation on Water, documento ECE/ENVWA/2 (1988), pág. 15, y otros

instrumentos contenidos en esa publicación. Una serie de reuniones celebradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas han aprobado recomendaciones instando a que los cursos de agua internacionales sean tratados como un conjunto unitario. Véase, por ejemplo, la recomendación aprobada en la Reunión Interregional sobre la Ordenación de las Cuencas Fluviales y Lacustres, celebrada en Addis Abeba en 1988, Recursos naturales/Serie del Agua N° 20 (1990) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 90.II.A.10), pág. 18. La resolución de Nueva York, adoptada en 1958 por la Asociación de Derecho Internacional, contiene el "principio de derecho internacional" de que "un sistema de ríos y lagos en una cuenca de drenaje debe ser tratado como un todo (y no de modo fragmentario)". Asociación de Derecho Internacional (ILA), Report of the Forty-Eighth Conference, Nueva York, 1958, anexo II, pág. 99, "Agreed Principles of International Law", principio I. Las Normas de Helsinki, adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, utilizan la expresión "sistema hidrográfico" al definir el término "cuenca hidrográfica internacional"; Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, artículo II, comentario (a), Asociación de Derecho Internacional, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966. Véase también el artículo I de la resolución de Salzburgo de 1961, relativa al uso de las aguas internacionales no marítimas, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional ("una cuenca hidrográfica que se extiende sobre el territorio de dos o más Estados"), Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 49 (II) (1961), pág. 87, y la resolución de Atenas relativa a la contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional, adoptada por el Instituto en 1979, ibid., vol. 58 (I), sesión de Atenas, septiembre de 1979 (Basilea/Munich, 1980). Un grupo privado de juristas, la Federación Interamericana de Abogados, adoptó en 1957 una resolución sobre "todo curso de agua o sistema de ríos o lagos... que atraviese o divida los territorios de dos o más Estados... se llamará en adelante "sistema de aguas internacionales""; Federación Interamericana de Abogados, Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957 (dos volúmenes) (Buenos Aires, 1958), reproducida en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 221, documento A/5409, párr. 1092. La necesidad de regular y aprovechar los cursos de agua internacionales como conjuntos unitarios ha sido asimismo reconocida por expertos como H. A. Smith, en The Economic Uses of International Rivers (1931), págs. 150 y 151; James Brierly, en The Law of Nations (5a. ed., 1955), pág. 204; y Johan Lammers, en Pollution of International Watercourses (1984), págs. 19 y 20.

...

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

...

Artículo 10

Relación entre los usos

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Comentario

1) El artículo 10 enuncia el principio general de que ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos. Este artículo versa también sobre los supuestos de conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional.

2) Como es frecuente que, por acuerdo o en la práctica, los Estados otorguen prelación a un uso o a un tipo de usos particulares, el párrafo 1 está redactado en forma de una norma supletoria. Así, la cláusula inicial del párrafo hace una salvedad respecto de todo orden de prelación establecido mediante "pacto o costumbre" entre los Estados del curso de agua de que se trate. El término "pacto" se emplea en un sentido lato y abarca, por ejemplo, cualquier acuerdo o modus vivendi a que hayan llegado los Estados del curso de agua. Además, no designa exclusivamente los "acuerdos de curso de agua", puesto que es posible que determinados usos, por ejemplo, la navegación, sean objeto de acuerdos de otro tipo, como los tratados de amistad. El término "costumbre" apunta a situaciones en las que, si bien no existe tal vez un "pacto" entre los Estados del curso de agua, la tradición o la práctica han consagrado la prelación de un uso particular. Asimismo, la afirmación de que ningún uso "tiene en sí prioridad" significa que no hay nada en la naturaleza de un determinado tipo o categoría de usos que les confiera una prioridad presunta o intrínseca sobre otros, de modo que los Estados del curso de agua pueden libremente dar prelación a un uso específico respecto de un determinado

curso de agua internacional. Esto se aplica igualmente a los usos para la navegación, que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos "en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta".

3) El párrafo 2 se refiere al caso de que exista conflicto o interferencia entre los diferentes usos de un curso de agua internacional sin que se haya establecido un orden de prelación mediante pacto o costumbre. En este caso, el párrafo 2 establece que la situación se resolverá sobre la base de los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, "teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales". Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en este artículo, un "conflicto" entre varios usos sólo podrá surgir si los Estados del curso de agua interesados no han establecido mediante pacto o costumbre un orden de prelación entre los usos u otro medio de armonizarlos. Cabe destacar que el párrafo se refiere a un "conflicto" entre usos de un curso de agua internacional y no a un conflicto o controversia entre Estados del curso de agua 263/.

4) Los principios y factores que según el párrafo 2 hay que tener en cuenta para resolver un conflicto entre los usos de un curso de agua internacional son los enunciados en los artículos 5, 6 y 7, a saber, la obligación de una utilización y participación equitativas y razonables y la obligación de no causar daños apreciables. Los factores que se han de tener en cuenta en virtud del artículo 6 son los pertinentes en relación con el curso de agua internacional de que se trate. Sin embargo, al decidir acerca de la manera en que se resolverá el conflicto, los Estados del curso de agua deben tener en cuenta "especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales". Esto es, se debe prestar especial atención a cuestiones como el abastecimiento de agua suficiente para las necesidades de la vida humana, incluida tanto el agua potable como el agua necesaria para producir alimentos e impedir el hambre. Este criterio es una intensificación del factor enunciado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, a saber, "las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados". Como el párrafo 2 del artículo 10 también se remite al artículo 6, el factor antes señalado es

---

263/ Véase también el párrafo 9) del comentario al artículo 5 (antes artículo 6), Anuario..., 1987, vol II (Segunda parte), pág. 34.

de todos modos uno de los que los Estados del curso de agua interesados deben tener en cuenta para resolver un conflicto entre usos.

5) Si bien los usos para la navegación quizá gozaran de prioridad general a comienzos del presente siglo 264/, los Estados reconocieron la necesidad de una mayor flexibilidad cuando otras clases de usos empezaron a rivalizar en importancia social y económica con la navegación. Una resolución adoptada en 1966 por la Cuarta Reunión Anual del Consejo Interamericano Económico y Social a nivel ministerial ilustra este cambio de criterio al reconocer la importancia de tener en cuenta la diversidad de usos potenciales de un curso de agua. En la resolución se recomienda que los países miembros promuevan, en beneficio común, la utilización económica de las cuencas hidrográficas y accidentes geográficos de la región de la que forman parte "en los transportes, la producción de energía eléctrica, en obras de regadío y otros usos, y para controlar y prevenir los daños periódicos que resultan de las... inundaciones de sus aguas" 265/. En el mismo año, la Asociación de Derecho Internacional llegó también a la conclusión de que ningún uso individual goza de prioridad general. El artículo VI de las Normas de Helsinki de la Asociación de Derecho Internacional sobre los usos de las aguas de los ríos internacionales dispone lo siguiente: "Un uso o categoría de usos no entraña el derecho a ninguna preferencia inherente sobre cualquier otro uso o categoría de usos" 266/. La importancia de mantener suficiente flexibilidad

---

264/ Ejemplo de esta posición es el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio y Estatuto de Barcelona de 1921 relativo al régimen de las vías navegables de interés internacional; Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. VII, pág. 57. Pueden hallarse otros ejemplos en la "Declaración de Montevideo", aprobada por la VII Conferencia Internacional Americana en 1933, artículo 5, reproducido en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte) pág. 225, documento A/5409, anexo I, A; y el párrafo 4 de la regla II de la "Resolución de Madrid" del Instituto de Derecho Internacional (en el que se basa el artículo 5 de la Declaración de Montevideo), Annuaire de l'Institut de droit international, 1911 (París), vol. 24, pag. 366.

265/ Resolución 24-M/66, "Regularización y aprovechamiento económico de las vías, cuencas y accidentes hidrográficos de América Latina" (párrafo dispositivo único), reproducida en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 382, documento A/CN.4/274, párr. 380.

266/ Asociación de Derecho Internacional, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966 (Londres, 1967), pág. 491

para asegurar un suministro de agua dulce suficiente para satisfacer las necesidades humanas en el próximo siglo se destacó recientemente en la "Declaración de Delft". En esta Declaración, aprobada en un simposio celebrado en Delft, Países Bajos, del 3 al 5 de junio de 1991, bajo el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se señala que en el año 2000 casi la mitad de la población mundial vivirá en ciudades. Se hace referencia al "temible" reto de satisfacer las necesidades de agua de áreas metropolitanas "en explosión", "dada la necesidad igualmente creciente de agua para la agricultura de regadío y los problemas derivados de la contaminación urbana e industrial". Los expertos en recursos hídricos presentes en el simposio llegaron a la conclusión de que para satisfacer las necesidades humanas de agua "de un modo sostenible, han de tomarse medidas avanzadas para proteger y conservar el agua y los recursos ambientales" 267/. Esas medidas en muchos casos serían imposibles si un determinado uso gozara de prioridad inherente. La inexistencia de tal prioridad entre los usos facilitará la aplicación de medidas destinadas a asegurar la satisfacción de las "necesidades humanas esenciales".

...

Parte VI

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 26

Gestión

1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión.

2. A los efectos de este artículo, se entiende por "gestión", en particular:

267/ La Declaración de Delft figura como anexo a un comunicado de prensa del PNUD, Ginebra, 10 de junio de 1991.

a) el hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y de velar por la ejecución de los planes que se adopten; y

b) el hecho de promover de otro modo la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua.

Comentario

1) El artículo 26 reconoce la importancia de la cooperación de los Estados del curso de agua en la gestión de los cursos de agua con miras a garantizar su protección y los mayores beneficios para todos los Estados del curso de agua interesados. Su propósito es facilitar a los Estados del curso de agua el examen de las modalidades de gestión apropiadas para cada Estado y cada curso de agua de que se trate.

2) El párrafo 1 dispone que los Estados del curso de agua entablarán consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional si así lo pide cualquiera de los Estados de este curso de agua. Este párrafo no obliga a los Estados del curso de agua a "gestionar" el curso de que se trate, ni a crear una organización mixta, como una comisión u otro órgano de gestión. El resultado de las consultas dependerá de los Estados interesados. En la práctica, los Estados han creado numerosas comisiones conjuntas de ríos y lagos u otras comisiones análogas, muchas de las cuales tienen a su cargo la gestión de cursos de agua internacionales. Sin embargo, la gestión de esos cursos de agua puede lograrse también por otros medios de carácter menos oficial, como la celebración regular de reuniones de los organismos pertinentes u otros representantes de los Estados interesados. Así, para dar cabida a formas menos oficiales de gestión, el párrafo 1 hace referencia no a una organización sino a un "órgano" de gestión.

3) El párrafo 2 señala en términos generales los elementos más comunes de un programa de gestión de un curso de agua internacional. El apartado a) destaca la importancia fundamental que reviste el hecho de planificar el aprovechamiento de un curso de agua internacional para que tenga un carácter duradero en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Si bien está demostrado que las comisiones mixtas constituyen un medio eficaz para ejecutar planes de esta naturaleza, los Estados del curso de agua interesados también pueden aplicar individualmente sus propios planes. Las funciones que se señalan en el apartado b) representan también elementos comunes de los

regímenes de gestión. La mayoría de los términos concretos empleados en este apartado están tomados de otros artículos del proyecto, en particular del artículo 5. El uso del calificativo "racional" indica que "la utilización..., la protección y el control" de un curso de agua internacional deben ser planificados por los Estados del curso de agua interesados y no ser un resultado fortuito o de circunstancias específicas. Considerados en su conjunto, los apartados a) y b) abarcan las funciones siguientes: planificar el aprovechamiento sostenible, polivalente e integrado de los cursos de agua internacionales; facilitar el suministro e intercambio regular de datos e información entre los Estados del curso de agua; y vigilar de manera continuada los cursos de agua internacionales.

4) Un estudio de las cláusulas de los tratados relativas a las disposiciones institucionales muestra, en particular, que los Estados han creado una amplia gama de organizaciones a los fines de la gestión de los cursos de agua internacionales. Algunos acuerdos sólo se refieren a un determinado curso de agua, mientras que otros lo hacen a varios de ellos o grandes cuencas de drenaje. Las atribuciones conferidas a las comisiones pertinentes están en función específica del contenido de cada acuerdo. Así, la competencia de un órgano mixto se delimitará de manera más concreta cuando se trate de un solo curso de agua y de manera más general cuando el acuerdo abarque una cuenca de drenaje internacional o una serie de ríos, lagos y acuíferos fronterizos. Los términos del artículo 26 son lo suficientemente generales para servir de base a un acuerdo marco. Al mismo tiempo, el artículo tiene por objeto proporcionar a los Estados del curso de agua orientación en cuanto a las atribuciones y funciones que pueden encomendarse a los órganos o instituciones mixtas que decidan establecer.

5) La idea de establecer mecanismos mixtos para la gestión de cursos de agua internacionales no es en absoluto nueva 268/. Ya en 1911, el Instituto de Derecho Internacional recomendaba "la institución de comisiones comunes", que intervengan "cuando se creen nuevas instalaciones o se efectúen modificaciones en las instalaciones existentes" 269/. Muchos de los primeros acuerdos sobre cursos de agua internacionales, en especial los del siglo XIX, se ocupaban en especial de reglamentar la navegación y la pesca 270/. Los acuerdos más recientes, en especial los concertados desde la segunda guerra mundial, se han ocupado fundamentalmente de otros aspectos de la utilización o el aprovechamiento de los sistemas de cursos de agua internacionales, tales como el estudio de las posibilidades de aprovechamiento del curso de agua, el regadío, la defensa contra las inundaciones, la generación de energía hidroeléctrica, y la contaminación 271/. Esta clase de usos, que han pasado a

---

268/ En virtud del Tratado de Vaprio, suscrito en 1754 por la Emperatriz de Austria, en su calidad de Duquesa de Milán, y la República de Venecia, se encomendaron a una comisión mixta de límites que ya existía funciones relacionadas con la utilización común del río Ollia. Parry, The Consolidated Treaty Series, vol. 40, págs. 215 a 228. Véase también el Tratado de Fontainebleau, suscrito en 1785 por Alemania y los Países Bajos, en virtud del cual se constituyó un órgano bilateral que debía determinar los mejores lugares para construir conjuntamente represas en el río Mosa. Martens, Recueil des Traités, 2a. ed., vol. 4, pág. 56, también citado en el informe de la Comisión Económica para Europa (CEPE) de 1952, "Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun" documento E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1, párrs. 175 y ss.

269/ Resolución sobre "Reglamentación internacional del uso de los cursos de agua internacionales", Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Madrid, avril 1911 (París, 1911), vol. 24, págs. 365 a 367, reproducida en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 212, documento A/5409, párr. 1071.

270/ Puede encontrarse una examen ilustrativo en el cuarto informe del Relator Especial, Anuario... 1988, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/412, párrs. 39 a 48.

271/ Para una ilustración de este punto véase el análisis de los "Acuerdos multilaterales" en Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: aspectos institucionales y jurídicos, Recursos Naturales/Serie del Agua N° 1 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.75.II.A.2) (1987), págs. 35 a 39, especialmente la página 39.

ocupar el primer lugar debido a un gran aumento de la demanda de agua, alimentos y electricidad, han obligado en una medida mucho mayor a crear organismos mixtos para la aplicación de los distintos acuerdos. Actualmente hay casi tantos organismos mixtos como cursos de agua internacionales 272/. Esos organismos pueden ser ad hoc o permanentes, y sus funciones y facultades pueden ser muy diversas 273/. El artículo 26 tiene en cuenta, no sólo esa práctica de los Estados del curso de agua, sino también las recomendaciones de conferencias y reuniones celebradas con el auspicio de las Naciones Unidas, según las cuales esos Estados deben estudiar la posibilidad de establecer

---

272/ En un estudio sobre comisiones multilaterales y bilaterales que se ocupan de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, preparado por la Secretaría en 1979, figura una lista de 90 organismos de esa índole. Lista anotada de comisiones multilaterales y bilaterales que se ocupan de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, abril de 1979 (no publicada). Aunque la mayor parte de las comisiones incluidas en la lista están encargadas de cursos de agua en Europa, todas las regiones del mundo están representadas y, cuando se preparó la lista, el número de comisiones en los países en desarrollo, especialmente en Africa, iba en aumento. Ibid., pág. ii.

273/ El anexo IV del documento citado en la nota anterior contiene resúmenes de algunos de esos acuerdos, "elegidos con objeto de ilustrar la mayor variedad posible de mecanismos". Véase también la lista de acuerdos que establecen organismos mixtos para la ordenación de cursos de agua internacionales en Asociación de Derecho Internacional, Report of the fifty-seventh Conference, Madrid, 1976 (Londres, 1978), págs. 256 a 266; Ely y Wolman, "Administration", en The Law of International Drainage Basins (Garretson, Hayton y Olmstead, compiladores y contribuyentes, 1966), pág. 124; y el sexto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/427, párrs. 3 a 6. Los tipos de funciones y facultades encomendadas a los mecanismos mixtos de gestión están ilustrados por los tres acuerdos siguientes en tres continentes distintos: el Convenio por el que se crea la Autoridad de la Cuenca del río Níger, de 21 de noviembre de 1980 (Alto Volta, Benin, Camerún, Côte d'Ivoire, Chad, Guinea, Malí, Níger y Nigeria), arts. 3 a 5, Traités concernant l'utilization des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation: Afrique Recursos Naturales/Serie del Agua N° 13 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 84.II.47), Tratado N° 13, pág. 56; el Tratado relativo al uso de las aguas del Indo, de 19 de septiembre de 1960 (India y Pakistán), Textes Législatifs, Tratado N° 80, pág. 300; y el Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos relativo a las aguas limítrofes y a las cuestiones pendientes entre los Estados Unidos y el Canadá, de 11 de enero de 1909, ibid., Tratado N° 79, pág. 260.

mecanismos mixtos de gestión a fin de obtener los mayores beneficios posibles de los cursos de agua internacionales y proteger esos cursos 274/.

Artículo 27

Regulación

1. Los Estados del curso de agua cooperarán según proceda en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

2. Salvo que hayan acordado otra cosa, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento o la financiación de las obras de regulación que hayan convenido en ejecutar.

3. A los efectos de este artículo, se entiende por "regulación" la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 27 trata de la regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional por los Estados del curso de agua. La regulación de tal caudal suele ser necesaria para prevenir algunos efectos perjudiciales de la corriente, como las crecidas y la erosión, o bien para obtener el máximo de beneficios del curso de agua. El presente artículo comprende tres párrafos en los que se enuncian, respectivamente, la obligación básica en materia de regulación, el principio de la participación equitativa aplicable a la regulación y la definición del término "regulación".

274/ Véase, por ejemplo, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.73.II.A.14), cap. II, "Plan de Acción para el Medio Humano", recomendación 51; y Naciones Unidas, Comisión Económica para Africa, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, Reunión Interregional sobre la Ordenación de las Cuencas Fluviales y Lacustres, especialmente de la región de Africa, Addis Abeba, Etiopía, 10 a 16 de octubre de 1988, Informe de la reunión, documento ECA/NRD/IMRLBD/42, 14 de octubre de 1988, págs. 35 a 37. La labor de las organizaciones internacionales en ese campo se examina en el sexto informe del Relator Especial, A/CN.4/427, párrs. 7 a 17.

2) El párrafo 1 es una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 9. Este párrafo establece que los Estados del curso de agua deben cooperar, según proceda, en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación. Como se señala en el párrafo anterior del presente comentario, las necesidades o posibilidades de regulación estarán determinadas normalmente por el interés de prevenir los daños y de incrementar los beneficios que se obtienen del curso de agua internacional de que se trate. Las palabras "según proceda" subrayan que la obligación no consiste en determinar las necesidades y posibilidades sino en atender a las existentes.

3) El párrafo 2 se aplica en el caso de que los Estados del curso de agua hayan convenido en ejecutar obras para regular el caudal de las aguas de un curso de agua internacional. Es una norma supletoria que dispone que esos Estados "participarán de manera equitativa" en la construcción, el mantenimiento o la financiación de dichas obras a menos que hayan pactado otra cosa. La obligación establecida entraña una aplicación concreta de la obligación general de participación equitativa enunciada en el artículo 5. En todo caso, los Estados del curso de agua no están obligados a "participar" en la regulación de obras de las cuales no obtienen beneficios. Simplemente, se trata de que el Estado del curso de agua que convenga con otro en ejecutar obras de regulación que lo beneficien, estará obligado, a falta de acuerdo en contrario, a contribuir a la construcción y el mantenimiento de las obras, de manera proporcionada a los beneficios que le reportan.

4) El párrafo 3 define el término "regulación". En la definición se identifican, en primer lugar, las medidas de regulación, a saber, las "obras hidráulicas o cualquier otra medida estable" y, en segundo lugar, los fines que persigue la regulación, a saber, "alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas". Generalmente, las medidas específicas de regulación incluyen obras tales como presas, embalses, vertederos, canales, terraplenes, diques y fortificación de las márgenes del río. El objeto de esas obras puede ser regular el caudal de las aguas para impedir las crecidas en una estación y la sequía en otra; prevenir la grave erosión de las márgenes de un río o modificar su curso; y garantizar un abastecimiento apropiado de agua, por ejemplo, manteniendo la contaminación dentro de límites aceptables, o permitir usos como la navegación y el transporte de madera por flotación.

partes 279/. Los Estados también han incluido en sus acuerdos disposiciones para garantizar la seguridad de las obras mediante la promulgación de legislación interna por el Estado en cuyo territorio están situadas las obras 280/. El artículo 28 no va tan lejos, sino que establece normas generales supletorias destinadas a proporcionar un nivel mínimo de protección y seguridad a las obras relacionadas con los cursos de agua internacionales.

Artículo 29

Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizadas en violación de esos principios y normas.

Comentario

1) El artículo 29 se refiere a la protección que se ha de dar a los cursos de agua e instalaciones internacionales conexas y a su utilización en tiempo de conflicto armado. El artículo, que ha de entenderse sin perjuicio del derecho vigente, no establece ninguna norma nueva. Simplemente sirve para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado interno o internacional contienen importantes disposiciones relativas a los cursos de agua internacionales y las obras conexas. En general, estas disposiciones pueden clasificarse en dos categorías: las relativas a la protección de los cursos de agua internacionales y las obras conexas; y las que tratan de la utilización de tales cursos de agua y obras. Dado que la reglamentación detallada de este tema rebasaría el alcance de un instrumento marco, el artículo 29 se limita a hacer referencia a cada una de esas categorías de principios y normas.

279/ Convención de 1963 entre Francia y Suiza sobre el proyecto hidroeléctrico de Emosson, art. 2, en Revue générale de droit international public (París), tercera serie, vol. XXXVI, N° 1 (enero-marzo de 1965), pág. 571; resumido en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 338, documento A/CN.4/274, párr. 229.

280/ Ibid., art. 2.

recomendaciones generales sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales 276/. Este artículo, que a este respecto se inspira en la práctica de los Estados, contiene obligaciones generales, apropiadas para un instrumento marco, relativas a una cuestión que interesa a todos los Estados de un curso de agua.

Artículo 28

Instalaciones

1. Los Estados del curso de agua harán lo posible, dentro de sus respectivos territorios, por mantener y proteger las instalaciones, construcciones y otras obras relacionadas con un curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales apreciables, consultas sobre:

a) el buen funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones, construcciones u otras obras relacionadas con un curso de agua internacional;

b) la protección de las instalaciones, construcciones u otras obras contra actos dolosos o culposos o contra las fuerzas naturales.

Comentario

1) El artículo 28 trata de la protección de instalaciones, tales como presas, represas, diques y vertederos, contra el deterioro, las fuerzas naturales o los actos humanos que puedan causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua. Este artículo consta de dos párrafos que enuncian en primer lugar una obligación general y disponen después la celebración de consultas sobre la seguridad de las instalaciones.

2) El párrafo 1 dispone que los Estados del curso de agua harán "lo posible" por mantener y proteger las obras que en él se indican. Para cumplir esta

---

276/ En su Conferencia de Belgrado de 1980, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) aprobó nueve artículos sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, ILA, Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980 (Londres, 1982), pág. 4. Los artículos figuran en el quinto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/421/Add.2, párr. 139.

obligación, los Estados del curso de agua pueden tomar individualmente todas las medidas que estén a su alcance para mantener y proteger las instalaciones, construcciones y demás obras relacionadas con un curso de agua internacional. Así, por ejemplo, un Estado del curso de agua debe emplear la debida diligencia en el mantenimiento de una presa, esto es, para conservarla en buen estado de funcionamiento a fin de que no ceda y cause daños apreciables a otros Estados del curso de agua. Asimismo, se deben adoptar todas las precauciones razonables para proteger esas obras contra los tipos de daños previsibles debidos a las fuerzas naturales, como las crecidas, o a actos humanos, ya sean dolosos o culposos. Son actos dolosos, entre otros, el terrorismo y el sabotaje y es culposo todo comportamiento que entrañe la omisión de la diligencia que exijan las circunstancias y que cause daño a las instalaciones de que se trate. Las palabras "dentro de sus respectivos territorios" reflejan el hecho de que el mantenimiento y la protección de las obras serían efectuadas normalmente por el Estado del curso de agua en cuyo territorio se encontrasen esas obras. En el párrafo 1 no se pretende en modo alguno autorizar, y mucho menos exigir, a un Estado del curso de agua que mantenga y proteja obras en el territorio de otro Estado del curso de agua. No obstante pueden darse casos en los que sería apropiada la participación de un Estado del curso de agua en el mantenimiento y la protección de obras situadas fuera de su territorio, como, por ejemplo, cuando explotase las obras conjuntamente con el Estado en que éstas estuvieran situadas.

3) El párrafo 2 establece la obligación general de los Estados del curso de agua de entablar consultas sobre el buen funcionamiento, el mantenimiento o la protección de las instalaciones relacionadas con el curso de agua. Esta obligación se hace exigible a petición de un Estado del curso de agua "que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales apreciables" como consecuencia del funcionamiento, el mantenimiento o la protección de las instalaciones pertinentes. Así, a diferencia del párrafo 1, este párrafo se refiere al caso excepcional de que un Estado del curso de agua esté convencido de la posibilidad de un peligro determinado. La situación a que se refiere el párrafo 2 debe distinguirse también de los "casos de urgencia" de que trata el artículo 25. Las situaciones previstas en este último artículo suponen, entre otras cosas, un peligro inminente, pero en el caso del párrafo 2 de esta disposición el peligro no es necesariamente inminente aun cuando no ha de ser tan remoto que se considere de minimis.

La exigencia de que un Estado del curso de agua tenga "razones graves para creer" que puede sufrir efectos perjudiciales es un criterio objetivo y supone la existencia de un peligro real. La expresión "razones graves para creer" se emplea también en el artículo 18, con el mismo significado. Además, está en consonancia con la práctica de los Estados, que generalmente celebran consultas cuando existen motivos razonables para preocuparse por efectos perjudiciales efectivos o potenciales. Por último, la expresión "efectos perjudiciales apreciables" se emplea en el mismo sentido que en el artículo 12. Así, el umbral establecido por esta norma es más bajo que el de los "daños apreciables" 277/.

4) La obligación establecida en el párrafo 2 de entablar consultas en el caso de efectos perjudiciales apreciables se aplica en dos situaciones diferentes. En primer término, esos efectos pueden deberse al funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones. Por ello, el apartado a) trata de las consultas relativas a su buen funcionamiento o mantenimiento. En segundo término, los efectos perjudiciales pueden deberse a daños en las instalaciones causados por actos dolosos o culposos o por las fuerzas naturales. Así, en virtud del apartado b) del párrafo 2 el Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que puede sufrir daños como consecuencia de esos actos o en las fuerzas naturales tendrá derecho a entablar consultas sobre la protección de las instalaciones de que se trate contra actos como el terrorismo y el sabotaje o contra fuerzas como los desprendimientos de tierras o las crecidas.

5) El interés de los Estados por la protección y seguridad de las instalaciones se refleja en los acuerdos internacionales. Algunos acuerdos relativos a proyectos hidroeléctricos contienen disposiciones concretas acerca del diseño de las instalaciones 278/ y disponen que los proyectos de construcción no podrán llevarse a cabo sin la aprobación previa de las

---

277/ Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 12, Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 50.

278/ Un ejemplo de ello es el Convenio de 1957 entre Suiza e Italia relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spöl, artículo 8, Textes législatifs, Tratado N° 235, pág. 862; resumido en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 161, documento A/5409, párrs. 849 a 854.

partes 279/. Los Estados también han incluido en sus acuerdos disposiciones para garantizar la seguridad de las obras mediante la promulgación de legislación interna por el Estado en cuyo territorio están situadas las obras 280/. El artículo 28 no va tan lejos, sino que establece normas generales supletorias destinadas a proporcionar un nivel mínimo de protección y seguridad a las obras relacionadas con los cursos de agua internacionales.

Artículo 29

Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizadas en violación de esos principios y normas.

Comentario

1) El artículo 29 se refiere a la protección que se ha de dar a los cursos de agua e instalaciones internacionales conexas y a su utilización en tiempo de conflicto armado. El artículo, que ha de entenderse sin perjuicio del derecho vigente, no establece ninguna norma nueva. Simplemente sirve para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado interno o internacional contienen importantes disposiciones relativas a los cursos de agua internacionales y las obras conexas. En general, estas disposiciones pueden clasificarse en dos categorías: las relativas a la protección de los cursos de agua internacionales y las obras conexas; y las que tratan de la utilización de tales cursos de agua y obras. Dado que la reglamentación detallada de este tema rebasaría el alcance de un instrumento marco, el artículo 29 se limita a hacer referencia a cada una de esas categorías de principios y normas.

279/ Convención de 1963 entre Francia y Suiza sobre el proyecto hidroeléctrico de Emosson, art. 2, en Revue générale de droit international public (París), tercera serie, vol. XXXVI, N° 1 (enero-marzo de 1965), pág. 571; resumido en Anuario... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 338, documento A/CN.4/274, párr. 229.

280/ Ibid., art. 2.

2) Los principios y normas de derecho internacional "aplicables" en un caso determinado son aquellos que son obligatorios para los Estados de que se trate. Así como el artículo 29 no altera ni modifica el derecho vigente, tampoco pretende hacer extensiva la aplicabilidad de un instrumento a Estados que no sean partes en él. Por otra parte, el artículo 29 no va dirigido solamente a los Estados del curso de agua, dado que los cursos de agua internacionales y las obras conexas también pueden ser utilizados o atacados por otros Estados en tiempos de conflicto armado. Aunque de suyo un Estado que no sea parte en los presentes artículos no estaría obligado por esta disposición, se consideró necesario incluir en ella a los Estados ajenos al curso de agua por la importancia capital del tema y porque la función principal del artículo es, en cualquier caso, servir simplemente de recordatorio a los Estados de la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados a los cursos de agua internacionales.

3) Por supuesto, los presentes artículos permanecen en vigor incluso en tiempo de conflicto armado. La obligación de los Estados de curso de agua de proteger y utilizar los cursos de agua internacionales y las obras conexas en conformidad con los artículos sigue en vigor durante esas épocas.

Sin embargo, la guerra puede afectar a un curso de agua internacional, así como a la protección y utilización del mismo por los Estados del curso de agua. En tales casos el artículo 29 deja claro que se aplican las normas y los principios que rigen los conflictos armados. Por ejemplo, el envenenamiento de los suministros de agua está prohibido por los Convenios de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre 281/ y el artículo 54 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 282/, mientras que el artículo 56 de ese Protocolo protege las presas, los diques y otras obras de ataques que "puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia pérdidas

---

281/ Artículo 23 del Reglamento anexo al Convenio sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, en American Journal of International Law, vol. 2 (1908), pág. 106. Véase un comentario al artículo 23 en L. Oppenheim, International Law: A Treatise, séptima edición; H. Lauterpacht, ed. (Londres, Longman, 1952, vol. 2, pág. 340, sec. 110).

282/ Artículo 54, párrafo 2.

importantes en la población civil" 283/. Protecciones similares se aplican en los conflictos armados no internacionales en virtud de los artículos 14 y 15 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. También guarda relación con la protección de los cursos de agua internacionales en época de conflicto armado la disposición del Protocolo I en el sentido de que "en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves" 284/. En los casos no regidos por una norma concreta se ofrecen ciertas protecciones fundamentales en la "cláusula Martens". Esta cláusula, que se insertó originalmente en el preámbulo de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y fue recogida posteriormente en una serie de convenios y protocolos 285/, tiene hoy ya el carácter de norma de derecho internacional general. Básicamente dispone que, incluso en los casos que no estén regidos por acuerdos internacionales concretos, los civiles y combatientes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los principios humanitarios y de los dictados de la conciencia pública. El mismo principio general se expresa en el artículo 10, que dispone que al resolver un conflicto entre usos de un curso de agua internacional se ha de prestar especial atención a la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

283/ Artículo 56, párrafo 1.

284/ Protocolo I, artículo 55, párrafo 1. Una disposición más general en el mismo sentido figura en el artículo 35 (Normas fundamentales), párrafo 3 del mismo Protocolo.

285/ Por ejemplo, el Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 17 de junio de 1925 (Preámbulo, párrs. 1 y 3); los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Convenio I, art. 63, párr. 4; Convenio II, art. 62, párr. 4; Convenio III, art. 142, párr. 4; y Convenio IV, art. 158, párr. 4); el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 1, párr. 2); y la Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 1981 (Preámbulo, párr. 5).

...

Artículo 32

No discriminación

Los Estados del curso de agua no incurrirán en discriminación basada en la nacionalidad o la residencia en el reconocimiento de la libertad de acceso al proceso judicial o de otra índole, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, de toda persona natural o jurídica que haya sufrido daños apreciables a consecuencia de una actividad relacionada con un curso de agua internacional o que esté expuesta a un riesgo de sufrir tales daños.

Comentario

1) El artículo 32 establece el principio básico de que los Estados del curso de agua deben conceder acceso al proceso judicial o de otra índole sin discriminación por motivos de nacionalidad o residencia.

2) El sentido del artículo es que cuando los Estados del curso de agua concedan acceso al proceso judicial o de otra índole a sus nacionales o residentes, también deben conceder tal acceso en pie de igualdad a los no nacionales y no residentes. Esta obligación no afectaría a la práctica vigente en algunos Estados de exigir a los extranjeros el depósito de una fianza, como condición para recurrir a los tribunales, con objeto de cubrir las costas procesales u otros gastos. Según el artículo esa práctica no constituye "discriminación" y se admite por medio de la fórmula "de conformidad con sus ordenamientos jurídicos". Como indican las palabras "que haya sufrido daños apreciables... o que esté expuesta a un riesgo de sufrir tales daños", la regla de la no discriminación se aplica tanto a los casos en los que realmente se hayan causado daños como a los casos en que los daños sean potenciales. Dado que el procedimiento administrativo puede ser la manera más eficaz de abordar los casos de este último tipo, el artículo, al referirse al "proceso judicial o de otra índole", requiere que de forma no discriminatoria se conceda acceso tanto a los tribunales como a los procedimientos administrativos aplicables.

3) Un miembro de la Comisión opinó que el artículo debía aplicarse únicamente a los casos que entrañaran daños apreciables "en otros Estados", de manera que el artículo se limitase a los casos que implicaran daños transfronterizos. Sin embargo, en la Comisión predominó la opinión de que el artículo debía tener un alcance más amplio a fin de que abarcara casos como el

de un nacional extranjero que hubiera sufrido daños en el territorio del Estado del curso de agua en el que estuviera situada la fuente de los daños. La base de esta opinión es que los Estados del curso de agua no deben discriminar al conceder acceso al proceso judicial o de otra índole, independientemente de dónde se produzca o pueda producirse el daño. Un miembro de la Comisión consideró que el artículo en su totalidad era inaceptable porque los artículos tratan de las relaciones entre Estados y no deben extenderse al ámbito de las acciones ejercitadas por personas naturales o jurídicas en virtud del derecho interno.

4) Precedentes de la obligación contenida en el artículo 32 pueden hallarse en acuerdos internacionales y en recomendaciones de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Convención sobre la Protección del Medio Ambiente celebrada entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, de 19 de febrero de 1974, dispone lo siguiente:

> "Toda persona que resulte afectada o pueda resultar afectada por un daño causado por actividades ambientalmente nocivas en otro Estado contratante tendrá derecho a plantear ante el tribunal o la autoridad administrativa competentes de ese Estado la cuestión de la permisibilidad de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir daños y a apelar contra la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa, en la misma medida y en las mismas condiciones que una entidad jurídica del Estado en el que se estén realizando las actividades.
>
> Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo se aplicará también en el caso de procedimientos relativos a la indemnización por daños causados por actividades ambientalmente nocivas. La cuestión de la indemnización no se juzgará según normas que sean menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en el que se estén realizando las actividades." 286/

286/ Convención sobre la Protección del Medio Ambiente celebrada entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, de 19 de febrero de 1974, art. 3, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1092, pág. 279, reproducido en International Legal Materials, vol. XIII, pág. 591 (1974). Disposiciones similares pueden hallarse en el párrafo 6 del artículo 2 de la Convención de la CEE sobre la evaluación de las repercusiones ambientales en un contexto transfronterizo, hecha en Espoo el 25 de febrero de 1991, documento E/ECE/1250; las Directrices sobre responsabilidad y la obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas, parte II.B.8, preparadas por el Grupo Especial sobre responsabilidad y obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas, documento ENVWA/R.45, 20 de noviembre de 1990; y el párrafo 6 del proyecto de carta de la CEE sobre derechos y obligaciones ambientales, preparado en una reunión de expertos sobre derecho ambiental, 25 de febrero a 1º de marzo de 1991, documento ENVWA/R.38, anexo I.

El Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha aprobado una recomendación sobre la aplicación de un régimen de igualdad de derechos de acceso y de no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza. El apartado a) del párrafo 4 de esa recomendación dispone lo siguiente:

> "Los países de origen garantizarán que toda persona que haya sufrido daños a causa de contaminación transfronteriza o esté expuesta a un riesgo importante de contaminación transfronteriza recibirá por lo menos un trato equivalente al otorgado en el país de origen, en casos de contaminación interna y en circunstancias comparables, a personas de situación o condición equivalentes..." 287/

5) El artículo 32 no exige que los Estados del curso de agua establezcan en su derecho interno un derecho de indemnización u otra compensación por el daño apreciable causado en otros Estados por actividades relacionadas con el curso de agua dentro de sus territorios. La Comisión consideró la posibilidad de incluir un artículo aparte sobre este punto pero decidió no hacerlo en la presente etapa de los trabajos sobre el tema. Sin embargo, algunos miembros opinaron que en los artículos debía figurar una disposición de esa índole.

287/ Documento de la OCDE C(77)(28 (Final), anexo, en OCDE, OECD and the Environment (1986), pág. 150. Véase en el mismo sentido el principio 14 de los Principios de Conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, aprobados en la decisión 6/14 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) de 19 de mayo de 1978. Un análisis del principio de igualdad de acceso figura en Van Hoogstraten, Dupuy y Smets, "Equal Right of Access: Transfrontier Pollution", Environmental Policy and Law, vol. 2 (1976), pág. 77.

Capítulo IV

PROYECTO DE CODIGO DE CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

A. Introducción

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

61. Basándose en los informes del Relator Especial, la Comisión: a) en su segundo período de sesiones, en 1950, aprobó una formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg y los presentó, con sus comentarios, a la Asamblea General; y b) en su sexto período de sesiones, en 1954, presentó un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, con sus comentarios, a la Asamblea General 288/.

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

---

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

288/ Yearbook... 1950, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316. Yearbook... 1954, vol. II, págs. 150 a 152, documento A/2673. El texto de los principios y del proyecto de código también figura reproducido en el Anuario... 1985, vol. II (Segunda parte), págs. 12 y 8, documento A/40/10, párrs. 45 y 18.

63. En su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General aprobó por consenso la definición de la agresión.

64. El 10 de diciembre de 1981, en su resolución 36/106, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y a que lo examinase con el grado de prioridad requerido con objeto de revisarlo, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional 289/.

65. En su 34° período de sesiones, de 1982, la Comisión nombró Relator Especial encargado de este tema al Sr. Doudou Thiam 290/. De su 35° período de sesiones, en 1983, a su 42° período de sesiones, en 1990, la Comisión recibió ocho informes del Relator Especial 291/.

66. En esos períodos de sesiones, la Comisión adoptó varias decisiones preliminares concernientes al contenido ratione personae y el contenido rationae materiae del proyecto de código 292/. También remitió al Comité de

---

289/ En su resolución 42/151, de 7 de diciembre de 1987, la Asamblea General aceptó la recomendación de la Comisión y corrigió el título del tema en inglés. En consecuencia, el título del tema en inglés es: "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind".

290/ Véase una exposición detallada de los antecedentes del tema en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35° período de sesiones, Anuario... 1983, vol. II (Segunda parte), pág. 10, documento A/38/10, párrs. 26 a 41.

291/ Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/364; Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 93, documento A/CN.4/377; Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/387; Anuario... 1986, vol. II, (Primera parte), pág. 55, documento A/CN.4/398; Anuario... 1987, vol. II (Primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/404; Anuario... 1988, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/411; Anuario... 1989, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/419 y Corr.1 y 2 (en español solamente) y Add.1; y Anuario... 1990, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/430 y Add.1.

292/ Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 18, documento A/39/10, párr. 65.

Redacción los artículos 1 a 17, X e Y, contenidos en los informes del Relator Especial 293/. Además, la Comisión aprobó provisionalmente en esos períodos de sesiones los artículos 1 (Definición), 2 (Tipificación), 3 (Responsabilidad y castigo), 4 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición), 5 (Imprescriptibilidad), 6 (Garantías judiciales), 7 (Cosa juzgada), 8 (Irretroactividad), 10 (Responsabilidad del superior jerárquico), 11 (Carácter oficial y responsabilidad penal), 12 (Agresión), 13 (Amenaza de agresión), 14 (Intervención), 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera), 16 (Terrorismo internacional), 18 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios) y X (Tráfico ilícito de estupefacientes), con los comentarios correspondientes 294/.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

1. Examen del noveno informe del Relator Especial

67. En su actual período de sesiones, la Comisión dispuso del noveno informe sobre el tema del Relator Especial (A/CN.4/435 y Add.1 y Corr.1). Dicho informe se componía de tres partes. En la primera, el Relator Especial trataba de las "penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad". En esta primera parte de su noveno informe, el Relator Especial señalaba que el principio nulla poena sine lege, o principio de legalidad penal, exigía que en el proyecto de código se establecieran penas. Dicha tarea entrañaba, sin embargo, dificultades relacionadas con la diversidad de sistemas jurídicos o con problemas de método. En lo

---

293/ Véase una exposición más detallada de la labor realizada por la Comisión sobre ese tema durante esos períodos de sesiones en los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/40/10), párrs. 34 a 101), en su 38° período de sesiones (ibid., cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/41/10), párrs. 77 a 185), en su 39° período de sesiones (ibid., cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/42/10), párrs. 25 a 66), en su 40° período de sesiones (ibid., cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/43/10), párrs. 211 a 280; en su 41° período de sesiones (ibid., cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), párrs. 83 a 217), y en su 42° período de sesiones, (ibid., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), párrs. 27 a 158).

294/ El texto de estos artículos figura más abajo, en la sección D.1.

concerniente a las dificultades relacionadas con la diversidad de sistemas jurídicos, el Relator Especial hacía notar que, a diferencia del derecho interno en el que en cada Estado existe una 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. Algunas sanciones que se conocen en ciertos países son desconocidas en otros. Y, como ejemplo de esta diversidad, el Relator Especial se refería en particular a la distinta actitud que mantienen diversos países y regiones del mundo en relación con la pena de muerte, así como con otras penas aflictivas tales como las mutilaciones físicas. Se demostraba así lo difícil que era, en el plano internacional, instituir un sistema único de sanciones uniformemente aplicable. En cuanto a las dificultades de método, el Relator Especial se preguntaba si sería necesario enunciar, respecto de cada crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, la pena correspondiente, o si, por el contrario, habida cuenta de que los crímenes que se examinaban se caracterizaban todos por el mismo grado de gravedad extrema, habría que establecer en una fórmula general la misma pena para todos los crímenes, con un mínimo y un máximo según existieran o no circunstancias atenuantes. Otros problemas de método consistían en determinar si las disposiciones del código debían incorporarse directamente al derecho interno de los Estados o si, por el contrario, habría que prever las penas en el propio código y aprobarlo mediante una convención internacional. El Relator Especial se inclinaba por esta última solución. Al final de esta primera parte, el Relator Especial proponía un proyecto de artículo único (proyecto de artículo Z) sobre las penas aplicables al conjunto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

68. En la segunda parte de su noveno informe, el Relator Especial recordaba que, por una parte, en su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, la Asamblea General invitaba 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 penal internacional". Por otra parte, la Asamblea General se había abstenido, al menos en esa etapa, de elegir entre el recurso a un sistema de competencia universal, la creación de un tribunal penal internacional o el establecimiento de otro mecanismo

jurisdiccional. Por eso, el Relator Especial no proponía ningún proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. No obstante, había querido suscitar un debate más profundo de la Comisión sobre dos problemas importantes sin cuya solución el Relator Especial carecería de las orientaciones necesarias para la redacción de un eventual estatuto. Esos dos problemas eran el de la competencia del tribunal y el de las condiciones de ejercicio de la acción penal. Por eso presentaba en su informe dos proyectos de disposiciones sobre las dos cuestiones mencionadas, proyectos que estaban destinados, no a ser remitidos al Comité de Redacción, sino más bien a suscitar un debate que permitiera, quizá, la aparición de una tendencia general que sirviera de guía al Relator Especial.

69. La Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial en sus sesiones 2207a. a 2214a. En esas sesiones, después de haber escuchado la presentación que de su informe hizo el Relator Especial, la Comisión examinó el proyecto de artículo Z sobre las penas aplicables presentado por el propio Relator, así como la parte del informe de éste relativa al posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. En su 2214a. sesión, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo Z al Comité de Redacción para que éste lo examinara a la luz, entre otras cosas, de las propuestas concretas formuladas por los miembros de la Comisión, con inclusión del propio Relator Especial, durante el debate. Los comentarios y observaciones formulados en relación con el noveno informe del Relator Especial se resumen en las siguientes subsecciones a) a c).

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

70. En su noveno informe, y cuando presentó su primera parte relativa a las penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Relator Especial recordó que había abordado la cuestión de las penas en su octavo informe presentando tres versiones de un proyecto de posible disposición 295/ cuyo objeto era suscitar debates en el seno de la Comisión y

---

295/ A/CN.4/430/Add.1, párrs. 27 a 31.

no ser considerado en la presente etapa como proyecto definitivo. Como algunos miembros de la Comisión habían hecho observar que las penas debían figurar en el propio Código y no en el estatuto del tribunal previsto, proponía ahora un proyecto de artículo Z sobre las penas aplicables 296/ para su inclusión en el proyecto de código.

71. El Relator Especial señaló que las penas aplicables planteaban problemas harto delicados, como demostraba el hecho de que la Comisión, ante las críticas de los gobiernos, hubiera retirado del proyecto de código de 1954 el artículo 5, relativo a esta cuestión. En efecto, en su tercer período de sesiones, celebrado en 1951, la Comisión aprobó un proyecto de artículo 5 así redactado: "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 de la gravedad del delito". Pero esta disposición presentaba el inconveniente de dejar al arbitrio del juez la determinación de la pena aplicable y, ante las vivas reservas de los gobiernos que habían comunicado sus observaciones a la Comisión 297/, ésta juzgó oportuno finalmente retirarla de su texto.

72. Los problemas planteados por las penas aplicables eran según el Relator Especial de dos órdenes: problemas de orden metodológico y problemas derivados de la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales.

296/ El texto del artículo Z presentado por el Relator Especial era 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.]"

297/ Véase el documento A/CN.4/435 y Corr.1, párrs. 18 a 22.

73. Por lo que se refiere a los problemas de orden metodológico, el Relator Especial subrayó la cuestión de si había que indicar respecto de cada crimen -genocidio, crímenes de guerra, etc.- la pena correspondiente o bien, dado que todos estos crímenes se caracterizaban por su extrema gravedad, incluir en una fórmula general la misma pena en todos los casos, con un grado mínimo y un grado máximo, según concurrieran o no circunstancias atenuantes. El Relator Especial había optado por esta segunda solución al estimar imposible elaborar una escala de penas respecto de cada crimen considerado por separado.

74. Por lo que respecta a los problemas que planteaba la diversidad de sistemas jurídicos, el Relator Especial hizo observar que establecer una escala de penas exigía una unidad de concepción moral y filosófica que existía en derecho interno pero no en derecho internacional. Las penas variaban de un país a otro, según las infracciones que hubiera que sancionar. Además, había penas, como la pena de muerte y otras penas aflictivas (la mutilación, por ejemplo) que eran discutidas y no eran de aplicación universal.

75. Por eso el Relator había tratado de evitar los extremos y encontrar un justo medio que resultara aceptable para todos los Estados. Proponía que los crímenes definidos en el código se castigaran con la pena de prisión perpetua. En el período de sesiones anterior de la Comisión esta clase de pena había suscitado las reservas de quienes consideraban que excluía toda posibilidad de reeducación y reinserción social del condenado; no obstante parecía que esta solución podía obtener un amplio acuerdo. En el caso de que se estimasen aplicables circunstancias atenuantes sería posible imponer la pena de prisión de 10 a 20 años.

76. En opinión del Relator Especial, el proyecto de artículo Z que proponía representaba un progreso en relación con el proyecto de disposición preparado y luego retirado por la Comisión en el decenio de 1950 (véase más arriba, párr. 71) en cuanto que la pena aplicable no habría de ser determinada por el juez competente ya que se establecía para el conjunto de los crímenes previstos en el propio código. Esta pena podría completarse con una pena de carácter facultativo, colocada entre corchetes en el informe: la incautación total o parcial de los bienes que el condenado hubiese sustraído o de los que se hubiese apoderado ilegalmente. Esta pena, prevista ya en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, se aplicaría muy especialmente en los casos de crímenes de guerra, que con frecuencia iban acompañados de robo o de apropiación por la fuerza de bienes pertenecientes a particulares, en especial en los territorios

ocupados. Por lo que respecta al adjudicatario de los bienes así incautados, el Relator Especial señaló que en el ámbito nacional los bienes confiscados se aplicaban al fisco pero que en el plano internacional sería difícil atribuirlos a un Estado determinado. Así pues, el Relator Especial proponía dejar que el tribunal competente decidiera sobre la entrega de esos bienes a una organización internacional de carácter humanitario, como el UNICEF, el CICR, un órgano internacional de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, etc.

77. En el seno de la Comisión se manifestó el sentir general de que el proyecto de código debía contener disposiciones sobre las penas aplicables.

i) Inclusión de las penas en el proyecto de código o remisión al derecho interno de los Estados

78. La mayoría de los miembros estimaban que había que incluir las penas en el Código mismo, y no contentarse con una simple remisión al derecho penal interno de los Estados partes en el Código. Se señaló a este respecto que la inclusión de las penas en el propio Código, que sería aprobado por medio de una convención internacional, se ajustaba más al principio de legalidad penal y era indispensable para una aplicación uniforme de las penas prescritas, evitando así los inconvenientes derivados de la diversidad de los sistemas nacionales en materia de penas. Por otra parte, la solución de dejar al arbitrio del tribunal la determinación de la pena aplicable podría no solamente crear problemas de falta de uniformidad en la aplicación sino también hacer que el Código resultase incompleto al limitarse a tipificar ciertos actos como crímenes sin indicar las consecuencias que se derivarían de ello para los culpables, debilitando así el Código en su conjunto. Se señaló también que, a diferencia del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se hacía una referencia a los principios generales del derecho, la inclusión de penas en el Código permitiría evitar esa referencia para justificar la incoación de un proceso contra el autor de un crimen que afectaba a toda la comunidad internacional.

79. Sin embargo, algunos miembros preferían en materia de penas la solución de la remisión al derecho interno de los Estados y se preguntaban si sería prudente establecer un régimen de penas uniformes en un mundo que no lo era. En particular, un miembro señaló que al adherirse a una convención

internacional que fijase penas algunos Estados tropezarían con problemas de procedimiento y de ética y deberían modificar profundamente su código penal cuando se tratase de penas aplicables a crímenes que quizás estuviesen castigados en su derecho interno de una manera más benévola que en el proyecto de código. Se preguntó si esto no incidiría en el grado de aceptación que suscitara el proyecto de código entre esos Estados. Otro miembro opinaba que lo mejor sería dejar que los Estados interesados resolvieran la cuestión de las penas conforme a su derecho interno. Para prevenir posibles abusos, el código podría incluir una disposición que exigiera en términos generales que los crímenes fueran castigados con penas dictadas habida cuenta de su extrema gravedad. Todas las convenciones contra el terrorismo comprendían una disposición de este carácter, cuya aplicación había dado resultados bastante buenos.

ii) Pena única o pena para cada crimen

80. La mayoría de los miembros de la Comisión, que era favorable a una determinación de las penas aplicables en el Código mismo, se dividió no obstante en dos tendencias: una partidaria del establecimiento de sanciones distintas según el crimen de que se tratara, la otra favorable a una pena única, con un grado mínimo y un grado máximo que había de determinar el tribunal según las circunstancias de cada caso. A este respecto, sin embargo, un miembro expresó la opinión de que sería conveniente no señalar en el proyecto de código un grado mínimo para las penas aplicables a fin de que el tribunal pudiera tener en cuenta mejor las circunstancias particulares de cada caso.

81. Los miembros partidarios de la fijación de penas para cada crimen hicieron valer la especificidad, el carácter individual de cada crimen previsto en el proyecto de código. A su juicio, crímenes como el genocidio, la agresión, el apartheid y el colonialismo, por ejemplo, no podían enfocarse de la misma manera que el tráfico de estupefacientes o el mercenarismo. Los crímenes a que se refería el Código merecían, pues, penas graves pero diferenciadas. La gravedad de las sanciones debía ser función de la naturaleza del crimen y de las circunstancias en que se hubiera cometido. No había que dejar al arbitrio del juez la solución de esta cuestión sino tratarla en el propio Código, considerando cada crimen de manera aislada y fijando una pena mínima y máxima para cada uno.

82. Los miembros que preferían que se estableciese una pena única con un máximo y un mínimo estimaban que el criterio que había permitido incluir algunos crímenes en el proyecto de código era su extrema gravedad, el hecho de que constituían los crímenes más graves de todos. Quizás se podrían considerar ciertos crímenes, como la agresión o el genocidio, más graves que otros pero estas diferencias podían quedar cubiertas por el margen de apreciación que la fijación de una pena única, pero acompañada de un mínimo y un máximo, dejaría al tribunal. En particular, un miembro adujo razones prácticas. A su juicio y teóricamente, lo ideal sería prever una pena para cada crimen pues aunque todos los crímenes previstos en el Código se caracterizasen por su extrema gravedad, su grado de gravedad podía variar. La justicia y la equidad exigían pues que el crimen fuera reprimido según su mayor o menor grado de gravedad y según el grado de responsabilidad de su autor. No obstante, esta solución ideal era sin duda imposible de aplicar y supondría debates inacabables para caracterizar cada uno de los crímenes, determinar su gravedad y la pena correspondiente aplicable. Por lo tanto, en la práctica y en aras del realismo, la Comisión no tenía otra opción que plantear el principio de una pena común a todos los crímenes.

iii) El sistema de penas aplicables

83. A continuación se entabló un debate prolongado en la Comisión sobre el tema de la naturaleza de las penas que había que señalar en el Código, es decir, sobre la cuestión de saber en qué debían consistir las penas del Código. La pena de muerte, la pena de prisión, otras posibles penas, la gradación de estas penas y las soluciones propuestas por el Relator Especial en su proyecto de artículo Z fueron objeto de un examen detallado por parte de los miembros.

La pena de muerte

84. Muchos miembros de la Comisión apoyaron la posición del Relator Especial de no incluir la pena de muerte entre las penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A este respecto se indicó que la Comisión no debía tratar de resistirse a la tendencia que se apreciaba en el mundo en favor de la abolición de la pena de muerte incluso para los crímenes más graves, como el genocidio. La tendencia que se había manifestado desde los procesos de Nuremberg y de Tokio ilustraba este abandono progresivo

de la pena de muerte. A juicio de estos miembros, la supresión de la pena de muerte constituía un progreso moral que debía consolidarse. La pena de muerte era irútil y carecía de objeto y nadie tenía derecho a privar a nadie de la vida. Además, esta pena se había suprimido desde hacía tiempo en numerosas legislaciones nacionales y los Estados que la habían abolido serían reacios a adherirse a un instrumento que la restableciera. En muchos de estos países la abolición de la pena de muerte había adquirido la condición de principio constitucional y algunos instrumentos internacionales, de alcance universal o de alcance regional, consagraban también su abolición o la prohibición de su restablecimiento. Entre estos instrumentos se citaron los siguientes: el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (resolución 44/128 de la Asamblea General), el Sexto Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

85. Algunos otros miembros expresaron reservas a esta posición. A juicio de estos miembros, sería prematuro que la Comisión, que preparaba normas para Estados que no tenían las mismas ideas sobre la pena de muerte, adoptara una posición decidida en la materia en lugar de dejar libertad de apreciación a los Estados interesados. En la legislación interna de gran número de Estados seguía vigente la pena de muerte para crímenes particularmente odiosos. La no inclusión de la pena de muerte en el proyecto de código no dejaría de ser fuente de debates entre esos Estados y podría afectar a la aceptabilidad general del código entre ellos. Algunos miembros indicaron que incluso algunos instrumentos regionales que consagraban en principio la abolición de la pena de muerte establecían algunas excepciones en ciertos casos. Así, por ejemplo, en el Sexto Protocolo al Convenio Europeo antes mencionado, en que se preveía la abolición y el no restablecimiento de la pena de muerte en tiempo de paz, se enunciaba también una reserva en caso de guerra, e incluso en caso de "peligro inminente de guerra", peligro que según algunos autores las autoridades del Estado interesado tendrían libertad de apreciar. Además, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General, era como indicaba su nombre, facultativo y en modo alguno obligatorio. El proyecto de código se refería únicamente a los crímenes más graves de todos y no había que hacer de él un

instrumento para resolver el problema de la pena capital. A juicio de estos miembros, dejar esta materia a la discrecionalidad de los Estados no infringiría en absoluto el principio de legalidad penal: bastaría incluir en el código una disposición general en la que se estableciese que estos crímenes debían ser castigados con una pena proporcionada a su grado de gravedad. En particular, un miembro sugirió que para salir al paso de la susceptibilidad de los Estados que habían renunciado a la pena de muerte se podría acompañar el artículo del código en que se señalase esta pena de una reserva que diera a todo Estado que ejercitase una acción el derecho de pedir al tribunal que no impusiera la pena de muerte en caso de condena.

La prisión perpetua

86. En relación con el párrafo 1 del proyecto de artículo presentado por el Relator Especial algunos miembros de la Comisión expresaron su preferencia por la pena de prisión perpetua que, a juicio de varios de ellos, era la única pena que podía hacer aceptable la eliminación de la pena de muerte y que ofrecía la ventaja de ser reversible en caso de error. Estos miembros subrayaron que la comunidad internacional debía mostrarse totalmente exigente en cuanto a la ejemplaridad de la pena aplicable a los autores de estos bárbaros crímenes a fin de impedir que tales hechos se reprodujeran y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tal era el criterio a que respondían la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General), la Declaración sobre el Asilo Territorial (art. 1) (resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General) y la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, relativa a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. A juicio de algunos de estos miembros, parecía difícil pensar en la liberación, incluso después de 20, 25 ó 30 años de prisión, de dictadores culpables de agresión, de genocidio o de otros crímenes igualmente graves, o incluso la liberación de un gran traficante de estupefacientes. La puesta en libertad de tales personas era inconcebible. Se trataba pues de adaptar la pena no solamente al crimen sino también a la gravedad del peligro y de impedir a toda costa que esos crímenes se reprodujeran. Los dictadores que sobrevivían a una derrota tendían a reanudar sus maniobras anteriores y, si no era por iniciativa propia, con el aliento de antiguos aliados o partidarios.

87. También se señaló, en favor de la reclusión a perpetuidad, que la mayoría de los países que renunciaban a la pena capital admitían como pena sustitutiva la de prisión perpetua. Fijar esa pena evitaría suscitar vivas objeciones por parte de los Estados que eran aún partidarios de la pena de muerte y podría inducirles incluso a renunciar progresivamente a esta pena en su derecho interno.

88. Otros miembros expresaron reservas con respecto a la prisión perpetua, que también se había eliminado en numerosas legislaciones por ser contraria a ciertos principios fundamentales de los derechos humanos. A juicio de algunos de estos miembros, el objetivo de la pena era la justicia y no un castigo ciego. Con el tiempo y desde el momento en que el criminal había cesado de constituir un peligro, la vindicta pública debía aplacarse. Una pena de prisión perpetua impuesta a una persona de edad sin ninguna posibilidad de remisión no hacía honor a la conciencia de la humanidad y muchos países se habían dotado de un mecanismo de indulto o de gracia.

La prisión temporal

89. Varios miembros se mostraron favorables a la fijación de una pena máxima y una pena mínima dejando discrecionalidad al tribunal para determinar la duración de la prisión en función de la gravedad del crimen y de las circunstancias de cada caso. Varios miembros mencionaron los 25, 30, 35 y 40 años como límite superior de la pena; los 10, 14 y 15 años como límite inferior.

90. Mientras que algunos de estos miembros pensaban que el juicio debía ser inapelable y que no debía autorizarse en ningún caso al detenido a pedir su puesta en libertad antes de haber cumplido por entero su pena, otros miembros opinaban que el condenado podía beneficiarse de una remisión de pena o de la libertad condicional por buena conducta. Un miembro propuso la creación de una junta internacional que se encargase de examinar los recursos de gracia y las peticiones de libertad vigilada y que no podría considerar la puesta en libertad de un detenido mientras no hubiese cumplido por lo menos dos tercios de su condena.

91. En relación con la prisión temporal varios miembros hicieron observaciones con respecto al párrafo 2 del artículo presentado por el Relator Especial. Aceptaban la posibilidad de modular la pena propuesta en este párrafo, pero opinaban que había que dejar al tribunal una cierta

discrecionalidad para tener en cuenta la existencia o inexistencia no sólo de circunstancias atenuantes sino también de circunstancias agravantes y, de hecho, de todas las demás circunstancias pertinentes, en particular la personalidad del autor, las circunstancias en que se hubiese cometido el acto, la gravedad de sus consecuencias y la distinción entre los autores principales o personas que habían desempeñado un papel preponderante en la comisión de un crimen y las personas subalternas que habían actuado conforme a las órdenes recibidas. Algunos miembros mencionaron entre las circunstancias agravantes que había que tener en cuenta en la fijación de la pena la inobservancia de las resoluciones del Consejo de Seguridad, el comportamiento particularmente monstruoso del acusado, la premeditación, la planificación y la ejecución metódica, por ejemplo, de un programa de genocidio, y entre las circunstancias atenuantes la simple tentativa o la irresponsabilidad penal parcial del acusado.

92. En el plano lingüístico la palabra "prisión" empleada por el Relator Especial en los párrafos 1 y 2 de su artículo fue calificada de "vaga" por algunos miembros, que señalaron que el derecho interno de varios países preveía numerosas formas de penas privativas de libertad, como la reclusión, el presidio o el arresto. Estos miembros preferían una expresión más neutra como la de "privación de libertad".

La incautación

93. Varios miembros hicieron observaciones con respecto al párrafo 3 del proyecto de artículo presentado por el Relator Especial, relativo a la incautación o comiso de los bienes sustraídos.

94. Estos miembros expresaron el sentir de que tal como se hallaba redactado el párrafo no contenía realmente una pena sino una medida de simple restitución sin efecto retributivo. Había que distinguir la incautación a efectos de restitución y la incautación como pena.

95. Incluso en su redacción actual, y estrictamente desde el punto de vista de la incautación para la restitución, el párrafo suscitaba varias dificultades que señalaron estos miembros. En primer lugar, la expresión "bienes... de los que se haya apoderado ilegalmente" parecía incluir los "bienes que haya sustraído", lo que hacía innecesaria esta segunda expresión. En segundo lugar, deberían incautarse también los beneficios obtenidos de bienes adquiridos ilegalmente. En tercer lugar, no se comprendía bien por qué

el comiso de esos bienes podía ser solamente parcial, y el argumento aducido a este respecto en el párrafo 33 del informe era poco convincente pues ni el infractor mismo ni su cónyuge o sus causahabientes debían beneficiarse de esos bienes mal adquiridos. En cuarto lugar, aunque se tratase de una idea muy digna de elogio, estos miembros no acertaban a ver en virtud de qué principio el tribunal debería atribuir los bienes de que se trataba a una organización humanitaria. Los bienes robados debían ser restituidos a sus propietarios legítimos. Unicamente en el caso muy particular en que el propietario despojado hubiera fallecido sin sucesión se plantearía el problema de su devolución.

96. Varios miembros sugirieron que el proyecto de artículo debería prever la incautación o comiso de bienes como pena complementaria, es decir como pena establecida en el Código pero cuya aplicación dependería del arbitrio del tribunal, o como pena accesoria, en cuyo caso de añadiría automáticamente a la pena principal, o sea, la de prisión. Estos miembros pensaban que la pena de comiso podía, según los casos, adoptar una u otra forma. Se podía considerar que había casos en que esta pena se impondría automáticamente, por ejemplo cuando se tratara de incautarse de los objetos que hubieran servido para la comisión del crimen perseguido, de los medios de producción y transporte de estupefacientes, de los efectos provenientes de la actividad criminal, de los bienes y beneficios adquiridos de manera ilegítima con ocasión de esa actividad criminal; y otros casos en que la incautación sería facultativa.

97. Algunos miembros formularon varias sugerencias con respecto al posible adjudicatario de los bienes, sea en los casos en que los bienes sustraídos que serían incautados se hallasen sin propietario legítimo o causahabiente, sea en el caso de comiso como sanción penal. Así se sugirió que estos bienes podrían dedicarse ante todo a la reparación de los daños sufridos por las víctimas de los crímenes de que se tratase o por el Estado lesionado. Algunos otros miembros apoyaron la sugerencia del Relator Especial de adjudicar estos bienes a una organización humanitaria como el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), un órgano internacional de lucha contra el tráfico ilícito internacional de estupefacientes, el Programa Mundial de Alimentos (PMA), etc. Otros miembros sugirieron que estos bienes podían remitirse a un fondo destinado a financiar las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, incluso a un fondo del Secretario General destinado a ayudar a los Estados que no

dispusieran de medios financieros para ello a acudir a la Corte Internacional de Justicia. Un miembro propuso que esos bienes, si no eran devueltos a sus propietarios legítimos porque no habían podido ser hallados, se entregasen al Estado para que éste los distribuyese entre las organizaciones de beneficiencia que determinase. Por lo que respecta a los bienes incautados con ocasión del tráfico de estupefacientes, un miembro sugirió que se pusieran a disposición de los centros de tratamiento de toxicómanos. Un miembro en particular sugirió que se confiaran estos bienes a un fideicomiso, o al Estado que debía juzgar al acusado, o al Estado a quien se pediría que aplicara la sentencia del tribunal, o bien que se confiasen a la guarda del propio órgano jurisdiccional penal internacional.

Otras penas posibles

98. Algunos miembros sugirieron que las penas de prisión e incautación propuestas por el Relator Especial se completasen con otras penas. Se señaló que, dado el carácter de los crímenes de que se trataba, las sanciones penales debían ser a la vez aflictivas, es decir afectar a la vida misma del culpable, e infamantes, es decir afectar al culpable en su reputación moral, en su condición jurídica y política y en su situación familiar y social. Sería difícil tratar al autor de esos crímenes de manera más clemente que al autor de un crimen de derecho común o de un crimen político de tipo clásico. Así, un miembro sugirió que se previesen también en el proyecto de código las penas accesorias de inhabilitación absoluta y de suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. Otros miembros sugirieron la multa y los trabajos de interés general. En cuanto a la multa un miembro señaló que en el fondo constituía una forma de confiscación. En cuanto a los trabajos de interés general algunos miembros pensaban que había que abordar esta cuestión con la mayor circunspección, dado que era difícil trazar una frontera entre la pena propuesta y los trabajos forzados, estando prohibidos estos últimos por convenciones específicas en materia de derechos humanos.

iv) Conclusiones del Relator Especial

99. Refiriéndose a las diferentes observaciones formuladas por los miembros con respecto a las penas aplicables, el Relator Especial subrayó la falta de unanimidad que reinaba en la materia.

100. Para algunos miembros, la determinación de las penas aplicables correspondía al derecho interno y la Comisión debía dejar a un lado esta cuestión. El Relator Especial no compartía este punto de vista. A su juicio, la Comisión podía muy bien hacer propuestas sobre la aplicación de penas e incluso sugerir penas concretas sin menoscabar por ello las prerrogativas de los Estados, a quienes correspondería en última instancia decidir. Si la Comisión dejaba a un lado la cuestión de las penas aplicables, se prestaría a las mismas críticas que se habían dirigido a los autores del proyecto de código de 1954, a quienes se reprochó que hubieran preparado disposiciones relativas a los crímenes sin prever sanciones, a despecho de la regla nulla poena sine lege.

101. Pasando a las reacciones suscitadas por el artículo que había propuesto sobre las penas aplicables, el Relator Especial señaló que también en ese caso las posiciones estaban bastante divididas. Una parte de los miembros de la Comisión consideraba que dada la evolución del derecho internacional la pena de muerte estaba superada y no podía mantenerse, haciendo valer, entre otras cosas, razones morales, constitucionales y convencionales. Algunos miembros iban incluso hasta descartar la prisión perpetua. En opinión del Relator Especial era ir demasiado lejos. No había que perder de vista que los crímenes a que se refería el Código eran de una gravedad excepcional y exigían la aplicación de un régimen excepcional, cosa que, por otra parte, la Comisión había reconocido al decidir, contrariamente a todos los principios de derecho penal, que esos crímenes eran imprescriptibles. A juicio del Relator Especial, si no se mencionaba entre corchetes la pena de muerte en el proyecto de artículo habría que retener por lo menos la prisión perpetua.

102. En cuanto a las circunstancias agravantes, el Relator Especial había decidido después de reflexionar sobre ello renunciar a este concepto, por la sencilla razón de que dada la gravedad de los crímenes de que se trataba era difícil apreciar cómo podría haber circunstancias agravantes.

103. Si el Relator Especial había propuesto por lo que se refería a las penas una disposición de carácter general, aplicable a todos los crímenes previstos en el código, era porque a su juicio estos crímenes eran todos de suma gravedad y podían situarse en el mismo plano. Pero esta disposición no era tan rígida como parecía puesto que, al admitir las circunstancias atenuantes, el juez tendría siempre la posibilidad de modular la pena.

104. En lo concerniente a la incautación de bienes, el Relator Especial reconocía que la fórmula propuesta en el texto del artículo Z no era del todo satisfactoria. Quizás fuera preferible disponer la incautación total de bienes, renunciando a considerar la incautación como una forma de reparación, en cuyo supuesto incumbiría a la parte actora, llegado el caso, exigir reparación.

105. El Relator Especial indicó que, para tener en cuenta las observaciones formuladas durante el debate, había redactado dos nuevas versiones del artículo Z 298/.

298/ Las dos nuevas versiones del artículo Z presentadas por el Relator Especial decían lo siguiente:

Primera versión

"El reo de uno de los crímenes penados por el presente Código será condenado a la [pena de prisión perpetua] pena de prisión de 15 a 35 años, sin perjuicio, si el tribunal lo estimare necesario, de las demás condenas siguientes:

1. Trabajos de interés general;

2. Incautación total o parcial de bienes;

3. Privación de algunos o de todos los derechos cívicos y políticos."

Segunda versión

"1. El tribunal podrá aplicar una de las penas siguientes:

[a) la prisión de por vida;]

b) la prisión de 10 a 35 años.

2. Además, el tribunal podrá decretar:

a) trabajos de interés general;

b) la incautación total o parcial de bienes;

c) la privación de algunos o de todos los derechos cívicos y políticos."

b) La competencia de un tribunal penal internacional

106. En su noveno informe, y con ocasión de la presentación de la segunda parte de éste, el Relator Especial señaló que, teniendo en cuenta las consideraciones recogidas más arriba en el párrafo 68, había desarrollado especialmente en su informe la cuestión relativa a la competencia de un tribunal penal internacional. Esta cuestión había sido examinada en diversas ocasiones en el ámbito de las Naciones Unidas y, en especial, por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953, que había presentado un proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional 299/. El Relator Especial se había inspirado en la solución propuesta en el artículo 27 de dicho texto, modificándola o completándola, para preparar el proyecto de una posible disposición 300/, destinado a suscitar un debate más a fondo

---

299/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N° 12 (A/2645), anexo.

300/ El texto de esta posible disposición era el siguiente:

"Competencia del tribunal

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."

sobre la cuestión que pudiera servirle de guía posteriormente. Este proyecto de disposición no estaba destinado, pues, a ser remitido al Comité de Redacción.

107. Refiriéndose al párrafo 1 del proyecto de una posible disposición que había elaborado, el Relator Especial señaló que ese párrafo establecía en primer lugar que el tribunal era competente para juzgar a individuos, es decir, a personas naturales y no a Estados. Después, el párrafo enunciaba una norma relativa a la competencia objetiva por razón de la materia. El párrafo ofrecía dos posibilidades: bien el tribunal enjuiciaba los crímenes definidos en el Código, o bien enjuiciaba los crímenes que se definiesen en un anexo de su estatuto, y cuyo número, naturalmente, sería mucho menor que el de los incluidos en el Código. Por su parte, el Relator Especial opinaba que no había que ser demasiado ambiciosos en lo que se refería a la competencia por razón de la materia pues de todos los debates se desprendía cierta reserva a este respecto. Era preferible proceder con cautela y flexibilidad, empezando, por ejemplo, por limitar esa competencia a los crímenes objeto de convenciones internacionales, o sea de un acuerdo general, como las relativas al genocidio, el apartheid, ciertos crímenes de guerra, ciertos actos de terrorismo -como los atentados contra las personas y los bienes que gozan de protección diplomática- y el tráfico de estupefacientes, que se enumerarían en un anexo del estatuto del tribunal.

108. Por lo que hacía a la cuestión de la atribución de competencia por los Estados, el Relator Especial, recordando su oposición de principio a esta regla, comprobaba no obstante que la realidad internacional hacía difícil prescindir de ella. En el presente caso, esa regla podía interesar a cuatro Estados: el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen, el Estado víctima (o cuyos nacionales hubieran sido víctimas del crimen), el Estado de que fuera nacional el autor del crimen y el Estado en cuyo territorio hubiera sido hallado el autor del crimen. Por lo que respecta a este último, la decisión de conceder o no la extradición equivalía de hecho a reconocer o no la competencia del tribunal. El problema sólo se planteaba, pues, respecto de los otros tres Estados. En el proyecto de estatuto de 1953 se exigía la atribución de competencia por dos Estados: el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen y el Estado de que fuera nacional el autor del crimen. El proyecto de posible disposición que el Relator Especial había propuesto era menos rígido. En el párrafo 1 se reafirmaba sin

restricciones el principio de territorialidad, en el sentido de que se requería obligatoriamente la atribución de competencia por el Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen. Una vez enunciado ese principio, el Relator Especial había querido tener en cuenta asimismo el principio de legitimación, activa o pasiva, cuya aplicación tendía a extenderse. Eran muchos los Estados, efectivamente, que se reconocían competentes en ciertos casos, siendo así que el crimen no se había cometido en su territorio. En el párrafo 2 se disponía pues que la atribución de competencia por el Estado del que fuese nacional el autor del crimen o por el Estado víctima o del que fuesen nacionales las víctimas sólo era necesaria si la legislación interna lo requería en el caso de que se tratara. La multiplicidad de los Estados cuya atribución de competencia era necesaria multiplicaba también los obstáculos, pero eran los Estados los que determinaban sus propias reglas de competencia. A juicio del Relator Especial, prescindir totalmente de esos Estados, aunque atrayente en el plano teórico, sería ilusorio en el práctico.

109. El Relator Especial señaló que el proyecto de posible disposición que había preparado preveía además que el tribunal conocería de toda cuestión que se suscitara con respecto a su propia competencia (párr. 3), que conocería asimismo de los conflictos de competencia judicial y de las solicitudes de revisión de las sentencias dictadas en relación con un mismo crimen (párr. 4) y que podría plantearse ante él cualquier cuestión de interpretación respecto de una disposición de derecho penal (párr. 5). En este último caso, la intervención del tribunal permitiría eliminar ciertas dudas terminológicas y aclarar el sentido y contenido de todos los principios que el derecho internacional penal, derecho nuevo, tomaba prestados del derecho penal interno.

110. Muchos miembros apoyaron la prudente iniciativa del Relator Especial de redactar artículos exploratorios sobre dos aspectos muy importantes del posible estatuto de un tribunal penal internacional, incluso sin que mediara una petición concreta de la Asamblea General a este respecto. Pensaban que el texto de la resolución 45/41 de la Asamblea General justificaba plenamente esa iniciativa. No obstante, algunos miembros estimaban que en lo sucesivo la Comisión debería esperar a que la Asamblea General hiciera una petición clara y concreta antes de proseguir los trabajos con respecto al establecimiento de un tribunal penal internacional. Otros miembros estimaban que la incertidumbre sobre la ampliación del mandato de la Comisión para abarcar cuestiones institucionales y de procedimiento no estaba justificada, en

particular habida cuenta del párrafo 3 de la resolución 45/41 de la Asamblea General. A juicio de estos miembros, correspondía en lo sucesivo a la Comisión decidir el momento oportuno para un debate detallado sobre la cuestión de un tribunal penal internacional y adoptar una posición, en el marco de su función como órgano consultivo, sobre la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional.

111. Varios miembros expresaron una opinión favorable a la creación de un tribunal, creación que, como la Comisión había señalado en el curso de su período de sesiones anterior, marcaría un progreso más en el desarrollo del derecho internacional y que, si recibía un amplio apoyo de la comunidad internacional, reforzaría la primacía del derecho en el mundo. A su juicio, sólo la creación de un tribunal penal internacional ofrecería la objetividad e imparcialidad necesarias en la aplicación del Código, elementos sin los cuales no podría haber un orden internacional válido y duradero. Estos miembros señalaron que acontecimientos recientes, así como iniciativas adoptadas por varios países, habían hecho progresar la idea de un órgano jurisdiccional penal internacional.

112. Un miembro en particular, si bien era partidario de la creación de un tribunal penal internacional permanente, estimaba que esta solución, aun siendo la más apropiada, era la más difícil de aplicar. A fin de soslayar estas dificultades, este miembro pensaba que en una primera fase y como solución provisional sería posible y deseable crear un tribunal de composición mixta añadiendo a los jueces nacionales jueces extranjeros, por ejemplo, del Estado víctima, el Estado de la nacionalidad del acusado o el Estado en cuyo territorio presuntamente se hubiera cometido el crimen (si no era el Estado en que se ejercitaba la acción penal) y, de ser posible, uno o más jueces representantes de Estados o de sistemas jurídicos diferentes. Una solución de este tipo tal vez ayudase a dar a todos los interesados seguridades de un proceso imparcial. Un miembro abogó por la creación de un tribunal penal internacional de carácter provisional para llenar el vacío actual resultante de la falta de un órgano jurisdiccional penal internacional.

113. Por lo que respecta a los párrafos 1 y 2 de la posible disposición preparada por el Relator Especial sobre la competencia del tribunal, varios miembros señalaron que estos dos párrafos se referían esencialmente a tres cuestiones diferentes. La primera era el carácter o alcance de la competencia

que se conferiría al tribunal, a saber, si se trataba de una competencia exclusiva, de una competencia concurrente con la de los tribunales nacionales o de una competencia para examinar los recursos contra las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. La segunda cuestión era la relativa a la competencia ratione materiae, es decir, los crímenes que el tribunal habría de enjuiciar y juzgar. La tercera era la de la atribución de competencia al tribunal, a saber si era necesario el consentimiento de ciertos Estados para que el tribunal pudiera conocer de cualquier asunto.

i) Naturaleza o alcance de la competencia

114. Por lo que respecta a saber si la competencia sería exclusiva o no, varios miembros señalaron que en el artículo, sin indicarlo de manera expresa, se partía del principio de un órgano jurisdiccional concurrente con los órganos jurisdiccionales nacionales. Se señaló a este respecto que se trataba de una solución de transacción, sin duda más aceptable para varios Estados puesto que no atentaba contra su soberanía en materia judicial. Los Estados podrían optar libremente entre ejercitar la acción penal ante sus propios tribunales o ante el tribunal internacional. El tribunal penal internacional sería competente solamente en los casos en que los tribunales nacionales se declararan incompetentes. Por otra parte, algunos miembros expresaron firmes reservas con respecto a esta solución que a su juicio era compleja y delicada puesto que exigía un examen minucioso de los medios de combinar la competencia de los tribunales nacionales con la del tribunal penal internacional para evitar, en particular, los conflictos de competencia que acarrearían parálisis e injusticia según el curso de los acontecimientos. Esta posibilidad de acciones concurrentes podía dar lugar a consecuencias inoportunas.

115. Otros miembros señalaron que la solución más sencilla sería la competencia exclusiva del tribunal penal internacional, lo que permitiría eliminar, o al menos resolver, los numerosos y complejos problemas que suscitarían los conflictos de competencia entre el tribunal y los tribunales nacionales. Faltaba saber si esta solución sería aceptable para los Estados en la fase actual. La Asamblea General no se había pronunciado sobre este punto y los Estados parecían bastante divididos. Algunos miembros señalaron que la tesis de que los Estados no renunciarían a su soberanía judicial y preferirían reservarse el derecho de enjuiciar por sí mismos todos los crímenes, por graves que fuesen, especialmente si ello significaba atribuir

esa competencia a un tribunal internacional caso por caso y según su leal saber y entender, no era convincente. A su juicio, llevar este razonamiento hasta sus últimas consecuencias obligaría a llegar a la conclusión de que la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional digno de ese nombre sería una utopía. Ese sistema no podría por menos de suscitar conflictos cuya solución sería difícil, si no imposible. A juicio de algunos de esos miembros, había que tener en cuenta el hecho de que el principio de la soberanía ya no era tan absoluto como antes. Invocar el concepto de soberanía para descartar la competencia exclusiva del tribunal no parecía ir en el sentido de las tendencias actuales. Era preciso, pues, que la Comisión examinase seriamente las ventajas y los inconvenientes de la competencia exclusiva y buscase una solución que permitiera a la Asamblea General disponer de una gama más amplia de opciones posibles en materia de competencia.

116. Varios miembros se mostraron favorables a una competencia en segunda instancia (en apelación o en casación) de las resoluciones dictadas por los tribunales nacionales, lo que a su juicio permitiría que el tribunal uniformase la punición de los crímenes internacionales y asegurase la imparcialidad y la objetividad de los procesos. Tal solución tendría igualmente una función preventiva en la medida en que induciría a los tribunales nacionales a ser más prudentes y más atentos en la aplicación de las normas de derecho internacional. A los argumentos de algunos miembros que expresaban dudas sobre la posibilidad de que los Estados aceptaran un control internacional sobre las sentencias dictadas por sus tribunales, y en particular por tribunales superiores como un tribunal supremo, los miembros partidarios de una competencia en segunda instancia respondieron que todos los mecanismos procesales existentes en materia de derechos humanos sólo podían utilizarse después de haber agotado los recursos internos, y que los comités y tribunales de derechos humanos se ocupaban únicamente de los asuntos que habían sido objeto de una sentencia definitiva de los tribunales nacionales. En otros términos, estos órganos se limitaban a conocer en segunda instancia de la práctica estatal sancionada por los más altos tribunales del país de que se tratara. Estos miembros se preguntaban por qué lo que era posible en el caso de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes no había de serlo en el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A su juicio, la idea de un tribunal penal internacional que tuviera atribuida

competencia en segunda instancia respecto de las resoluciones judiciales internas y competencia para emitir dictámenes consultivos era, pues, realista y debía estudiarse más a fondo.

117. Finalmente, otros muchos miembros de la Comisión eran partidarios de una solución ecléctica en la que se tuviera en cuenta la naturaleza del crimen de que se trataba en la determinación del alcance de la competencia del tribunal. A juicio de estos miembros, había que dividir los crímenes del código en dos grandes grupos. Por lo que respecta al primero, el tribunal tendría competencia exclusiva. En relación con el segundo, competencia concurrente con los tribunales nacionales. Los miembros partidarios de esta solución no estaban todos de acuerdo sobre las clases de crímenes que debían corresponder a la competencia exclusiva del tribunal. Así, a juicio de un miembro, el tribunal debía tener competencia exclusiva sobre los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad y competencia concurrente sobre los crímenes de guerra y el crimen de tráfico ilícito de estupefacientes. Otros miembros señalaron los crímenes contra la paz como materia objeto de la competencia exclusiva del tribunal, mientras que los demás crímenes serían objeto de una competencia concurrente. Otro miembro opinó que la competencia exclusiva del tribunal debía reservarse en particular para los crímenes objeto de convenciones internacionales que establecían que sus autores debían ser juzgados por un tribunal internacional, como por ejemplo el crimen de genocidio. Como criterio general, algunos miembros señalaron que la competencia del tribunal debía ser exclusiva en los casos en que los tribunales nacionales (los del lugar donde se hubiera cometido el crimen, los del Estado del que fuese nacional el autor o los del Estado de la nacionalidad de la víctima) pudieran no actuar con la imparcialidad y la objetividad necesarias, y debía ser concurrente con la de los tribunales nacionales en todos los demás.

ii) Competencia objetiva

118. Independientemente de la cuestión de la naturaleza de la competencia del tribunal, algunos miembros formularon observaciones relativas a la de la competencia del tribunal por razón de la materia, sobre la que versaba el párrafo 1 de la disposición elaborada por el Relator Especial.

119. Algunos miembros eran partidarios de una posición que limitase la competencia del tribunal, como el Relator Especial había previsto en el pasaje entre corchetes del párrafo 1, a una categoría muy restringida de crímenes, de

suma gravedad. Algunos de estos miembros señalaron que estos crímenes podrían ser los definidos en convenciones internacionales en vigor como, por ejemplo, la relativa al genocidio. Esos miembros pensaban que esta solución tenía la ventaja de hacer más aceptable para algunos Estados la idea de instituir un órgano jurisdiccional penal internacional.

120. Otra posición era hacer extensiva la competencia del tribunal, no sólo a los crímenes penados por el Código, sino también a otros crímenes internacionales en general.

121. Un tercer criterio era que la competencia del tribunal abarcase todos los crímenes a que se refería el Código. Por lo que respecta a la posición recogida en el párrafo 119, sus mantenedores estimaban que nada justificaba una selectividad, incontestablemente nada equitativa, en virtud de la cual sólo algunos crímenes caerían dentro de la esfera de competencia del tribunal. En contra de la posición expuesta en el párrafo 120, estos miembros señalaron que los crímenes internacionales que no fueran los penados por el Código no eran suficientemente graves para corresponder a la esfera de competencia de un tribunal internacional. A juicio de estos miembros, esos otros crímenes internacionales no estaban tampoco suficientemente bien identificados en sus elementos constitutivos y la tarea del tribunal resultaría imposible si debía conocer también de ellos.

iii) Atribución de la competencia

122. La tercera gran cuestión que planteaban los párrafos 1 y 2 de esta disposición era la de la atribución de competencia al tribunal, a saber, si era necesario el consentimiento de algunos Estados para que el tribunal pudiera conocer de cualquier asunto.

123. Algunos miembros apoyaron el planteamiento del Relator Especial reflejado en los dos párrafos. Así, un miembro subrayó que los Estados se mostraban muy cautos cuando se trataba de cuestiones que afectaban a su soberanía. En esas condiciones, la aceptación del estatuto de un tribunal penal internacional no implicaba automáticamente consentimiento en que el tribunal ejerciera jurisdicción. Ese consentimiento debía expresarse por separado, mediante un convenio, un acuerdo especial o una declaración unilateral, como disponía el artículo 26 del proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional, de 1953. Había que permitir que un Estado ejerciera su competencia en materia penal aun cuando hubiera aceptado de

manera general la competencia de un tribunal internacional. Estos miembros apoyaban la idea de combinar los principios de territorialidad, de legitimación activa y pasiva y de protección real dando prioridad al primero, ya que, a su juicio, este sistema presentaba más ventajas que inconvenientes en la medida en que protegía la soberanía de los Estados y que el principio de territorialidad era la regla general en la mayoría de los Estados. Uno de estos miembros en particular hizo observar que las ventajas de este enfoque contrarrestaban los posibles inconvenientes de que, en ciertos casos, se encomendase el cometido de injuiciar al Estado que quizá había ordenado la ejecución del acto criminal o de que, en otros, se confiase ese cometido al Estado víctima.

124. Varios otros miembros podían aceptar la solución propuesta por el Relator Especial en su proyecto de posible disposición, pero tenían reservas muy serias con respecto al párrafo 2. Incluso con respecto al párrafo 1, la interpretación de estos miembros no siempre era análoga. Así, un miembro interpretaba el párrafo 1 en el sentido de que el tribunal sería competente para enjuiciar crímenes definidos en el Código y cometidos en el territorio de un Estado parte. Las partes en el Código, pues, no podrían pretender atribuir al tribunal una jurisdicción universal. Otro miembro en cambio interpretaba el párrafo 1 en el sentido de que la ratificación o aceptación del estatuto del tribunal por un Estado reflejaba la voluntad de ese Estado de participar en la creación del tribunal, pero no había que deducir de ello que ese Estado había dado de antemano su consentimiento para que el tribunal ejerciera jurisdicción. Por el contrario, el Estado en que se hubiera cometido el crimen tendría que dar específicamente su consentimiento en cada caso. Más allá de estas diferencias de interpretación, estos miembros estaban de acuerdo en el hecho de que el criterio de la territorialidad debía desempeñar una función esencial en la atribución de competencia al tribunal.

125. Por el contrario, estos miembros expresaron su profundo desacuerdo con respecto a la solución preconizada en el párrafo 2. A su juicio, este párrafo parecía cuestionar el elemento territorial establecido en el párrafo 1 e iría en contra del objetivo mismo de la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional puesto que numerosos Estados podrían negarse a atribuir competencia al tribunal. Los Estados de los que se requeriría una atribución de competencia eran demasiados y podrían juzgar por sí mismos al acusado en

lugar de entregarlo al tribunal penal internacional y, dada la tendencia natural de los Estados a no renunciar a su jurisdicción, el tribunal vería considerablemente aminorada su competencia.

126. Finalmente, otros miembros no compartían, en su conjunto, el planteamiento propuesto por el Relator Especial en los párrafos 1 y 2 de su proyecto de posible disposición y lo consideraban contradictorio con la idea de base que debía presidir la creación de un tribunal de justicia penal internacional. Estos miembros hicieron notar que prácticamente todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad eran cometidos generalmente por Estados, pero iban dirigidos contra otros Estados, incluso contra toda la humanidad. La cuestión de la competencia con respecto a esa clase de crímenes, que eran crímenes de derecho internacional, era pues de interés no sólo para los distintos Estados sino para la comunidad internacional en general. En su planteamiento, el Relator Especial parecía haber renunciado al concepto de crimen de derecho internacional. Si esos crímenes no eran crímenes de derecho internacional la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional dejaría de tener importancia. La solución sugerida por el Relator Especial implicaría incluso un retorno al estado de cosas existente antes de la aprobación de instrumentos como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Estos miembros eran partidarios de que el tribunal penal internacional fuese competente respecto de todos los crímenes penados por el Código. No parecía haber razón para conceder una condición privilegiada al Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen, puesto que era la comunidad internacional entera la interesada. Ni el consentimiento de este último Estado ni el del Estado de la nacionalidad del autor ni el del Estado víctima o el del Estado de la nacionalidad de las víctimas debía ser necesario para que la comunidad internacional, actuando por medio del tribunal, juzgase al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En opinión de estos miembros, la cuestión de la atribución de competencia debía resolverse con arreglo a los principios generales del derecho internacional. Sería preciso que los Estados que se adhirieran al estatuto del tribunal aceptaran al propio tiempo la competencia de éste para juzgar a sus nacionales.

iv) Otros aspectos relativos a la competencia

127. Varios miembros apoyaron el párrafo 3 de la posible disposición preparada por el Relator Especial, según el cual el tribunal conocería de toda cuestión que se suscitara con respecto a su propia competencia. A este respecto se dijo que el párrafo era lógico y se ajustaba a la práctica general de facultar al tribunal para apreciar sobre su propia competencia en un caso determinado. Dado que el tribunal debía ser considerado como la más alta jurisdicción penal en el orden internacional, no habría posibilidad de apelar contra esa decisión.

128. Por lo que respecta al párrafo 4 del proyecto de disposición, relativo a los conflictos de competencia judicial entre varios Estados y a las solicitudes de revisión de las sentencias, varios miembros se manifestaron de acuerdo con la solución propuesta por el Relator Especial. Un miembro señaló que el párrafo era necesario para un órgano judicial como el que se proyectaba crear. Si varios Estados reivindicaban cada uno el derecho exclusivo de atribuir competencia en función de los criterios formulados en los párrafos 1 y 2, el tribunal debería pronunciarse sobre estos conflictos. Otro miembro indicó que la solución propuesta en el párrafo facilitaría la uniformidad de la jurisprudencia en materia de conflictos de leyes y de jurisdicciones y el respeto del principio de la cosa juzgada en caso de enjuiciamiento de un mismo crimen ante los tribunales de dos o más Estados.

129. Otros miembros expresaron reservas con respecto al párrafo. Un miembro se preguntó qué normas o criterios podría invocar el tribunal para resolver sobre los conflictos de competencia judicial entre Estados o conocer de las solicitudes de revisión de sentencias condenatorias pronunciadas por tribunales de diferentes Estados. El párrafo podría contradecir la jurisprudencia sentada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del Lotus relativa al ejercicio de jurisdicción en contra del principio de la cosa juzgada.

130. Otro miembro pensaba que el supuesto contemplado en el párrafo no era un verdadero supuesto de revisión (reapertura de un proceso después del descubrimiento de un hecho nuevo) sino más bien de un supuesto de contradicción entre sentencias dictadas por jurisdicciones dependientes de Estados diferentes. Según este miembro, para resolver tal conflicto, todos los Estados interesados debían atribuir competencia a la jurisdicción penal

internacional y la sentencia sometida a revisión debía ser definitiva, es decir, debían haberse agotado todos los recursos internos. Pero se planteó la cuestión de si un Estado que no estuviese dispuesto a declinar su competencia a favor del tribunal penal internacional en la fase del juicio en primera instancia accedería a someter a nuevo examen por ese tribunal una resolución dictada por su más alto órgano jurisdiccional. En su opinión era comprensible, en esas circunstancias, que los redactores del proyecto de estatuto de 1953 no hubieran estimado aconsejable conferir esa facultad de revisión al tribunal penal que habían propuesto.

131. Algunos otros miembros reconocieron que la competencia del tribunal en materia de revisión, en calidad de órgano superior, podría incitar a los tribunales nacionales a un mayor respeto de las normas de derecho internacional y a fundar sus decisiones en motivos apropiados. Opinaban, no obstante, que la atribución al tribunal de una competencia de revisión podría, como se indica en el párrafo anterior, ser aún más anaceptable para los Estados que la atribución al tribunal de competencia en primera instancia.

132. Un gran número de miembros apoyaron el párrafo 5 del artículo preparado por el Relator Especial, párrafo que se refería a la competencia del tribunal en materia de interpretación de una disposición de derecho internacional penal. Se señaló a este respecto que el párrafo daría al tribunal la posibilidad de desempeñar un importante papel en la armonización y unificación del derecho internacional penal y de precisar el sentido y el contenido en derecho internacional de ciertos conceptos y principios, por ejemplo los conceptos de conspiración, complicidad y tentativa, el principio de legalidad penal y el principio de la cosa juzgada.

133. Algunos miembros que apoyaban plenamente el párrafo formularon además algunas sugerencias destinadas a redactarlo con mayor precisión o a desarrollarlo. Así, un miembro hizo observar que el párrafo no decía nada acerca del carácter vinculante o no vinculante de la interpretación hecha por el tribunal. Subrayó que una interpretación vinculante reforzaría considerablamente la función del tribunal. Otros miembros sugirieron que la competencia de interpretación debía referirse solamente a las disposiciones del proyecto de código. Algunos miembros sugirieron que la facultad de solicitar al tribunal la interpretación de una disposición de derecho internacional penal no debía concederse sólo a los Estados, sino también a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como a determinadas organizaciones intergubernamentales.

134. Un miembro, observando que la competencia de interpretación prevista en el párrafo no parecía referirse más que a normas abstractas, sugirió que se podría conferir igualmente al tribunal una competencia de interpretación consultiva sobre casos concretos. El tribunal pasaría a ser así un instrumento de presión internacional que contribuiría a orientar y a formar la opinión pública internacional.

135. Refiriéndose a las reacciones suscitadas por su proyecto de posible disposición relativa a la competencia de un tribunal penal internacional, el Relator Especial subrayó en primer lugar que, habiendo asistido a los debates de la Sexta Comisión el año anterior, sabía muy bien que varios Estados se oponían todavía decididamente a la creación de tal tribunal. Así pues, para tener en cuenta este hecho había preparado este proyecto de posible disposición que estaba destinado simplemente a alimentar la reflexión de la Comisión, guardándose de destacar su opinión personal y de tratar de imponer sus criterios.

136. En lo concerniente a la naturaleza o alcance de la competencia del tribunal, el Relator Especial, habida cuenta del debate, se declaró partidario de la solución mixta que daría al tribunal competencia exclusiva respecto de ciertos crímenes, como el genocidio, etc., y competencia concurrente con los órganos jurisdiccionales nacionales respecto de los demás crímenes penados por el Código. La Comisión debería estudiar cuidadosamente cuáles serían los crímenes con respecto a los cuales el tribunal tendría competencia exclusiva. En cambio, el Relator Especial abrigaba fuertes reservas con respecto a una competencia en segunda instancia o de apelación, y se declaró firmemente opuesto a toda forma de jerarquía que subordinase los órganos jurisdiccionales nacionales al tribunal. A su juicio, los únicos casos en que el tribunal internacional podría tener atribuida una competencia de ese género eran: cuando un acto tipificado en el Código estuviera definido como delito ordinario y no como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y, quizá, cuando el Estado víctima o el Estado de que fuere nacional la víctima tuvieran motivos para considerar que la pena era manifiestamente demasiado ligera en vista del carácter odioso de la infracción. Era razonable imaginar que pudieran producirse tales casos cuando un Estado juzgase a uno de sus propios nacionales por un crimen cometido en el extranjero, pero los casos de ese tipo eran raros y podrían evitarse estableciendo un sistema de cooperación entre los Estados interesados que permitiera a éstos conocer con exactitud y precisión los hechos de la causa, mediante el acceso al sumario.

137. En lo relativo a la atribución de competencia, el Relator Especial no compartía la opinión expresada por algunos miembros según los cuales la atribución de competencia al tribunal no era necesaria para todos los crímenes cuya definición correspondía al derecho internacional. A su juicio, este razonamiento se basaba en una confusión. La definición del crimen era una cosa y la competencia jurisdiccional era otra. No por estar un acto tipificado como crimen de derecho internacional quedaban los Estados automáticamente privados del derecho de conocer de esos crímenes. Nada impedía que un Estado reconociera como tal un crimen de derecho internacional, lo incorporase a su derecho interno y persiguiera a sus autores ante sus tribunales internos, conforme a sus normas de procedimiento. A juicio del Relator Especial, cuando se cometía un crimen contra la paz o la seguridad de la humanidad había siempre Estados directamente interesados: el Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen, el Estado contra el cual se había dirigido el crimen o cuyos nacionales habían sido las víctimas del crimen o el Estado cuya nacionalidad poseía el autor del crimen. Estimaba que se iría demasiado lejos si se afirmase que esos Estados no tenían derecho a conocer de ese crimen por ser un crimen de derecho internacional.

138. Por esta razón, en el párrafo 1 de su proyecto de posible disposición había planteado el principio de la competencia prioritaria del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen. Señaló a este respecto que el principio de la jurisdicción universal, que la doctrina apoyaba a veces pero que no se había impuesto realmente en la práctica, planteaba toda una serie de obstáculos de orden material -por ejemplo, para la reunión de pruebas- que hacían que no pudiese erigirse en regla o principio fundamental.

El Relator Especial señaló, por otra parte, que en la mayoría de las convenciones internacionales pertinentes -tratasen de la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de la represión del secuestro ilícito de aeronaves o del terrorismo, etc.- el Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen figuraba en primer lugar en la enumeración de los Estados competentes para conocer del crimen considerado.

139. Si el Relator Especial en su proyecto de posible disposición no había mencionado al Estado en que se hallaba el presunto autor del crimen entre los Estados cuya atribución de competencia se requería, era porque este Estado, de conformidad con el artículo 6 aprobado provisionalmente por la Comisión, estaba obligado a juzgarlo o a conceder su extradición.

140. El Relator Especial estimó que, al igual que ciertos proyectos de estatuto de un tribunal preparados por diversas sociedades científicas y ciertos organismos y tratadistas, sería útil establecer un orden de prioridad entre los Estados de los cuales se requería la atribución de competencia. Esto contribuiría al adelanto de la ciencia del derecho internacional penal. Pero el Estado territorial debería ser el Estado cuya atribución de competencia era absolutamente necesaria para que el tribunal pudiera conocer en un asunto penal.

c) El ejercicio de la acción penal (derecho a la jurisdicción penal)

141. En su noveno informe, y cuando presentó la segunda parte de éste, el Relator Especial señaló, que teniendo en cuenta las consideraciones recogidas más arriba en el párrafo 68, había desarrollado también de manera especial en su informe la cuestión relativa al ejercicio de la acción penal respecto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Con arreglo a la disposición presentada, esta acción deberían ejercerla los Estados. Pero cuando se trataba de crímenes de agresión o de amenaza de agresión, la acción penal debería subordinarse a la determinación previa de la existencia de estos crímenes por el Consejo de Seguridad.

142. Por lo que respecta a la posibilidad de 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, el Relator Especial pensaba que tal interpretación del papel de este órgano rebasaría la competencia que le atribuía la Carta. Su papel consistía más bien en adoptar medidas preventivas para impedir un quebrantamiento de la paz o en adoptar medidas tendientes al restablecimiento de la paz. Todas estas medidas eran medidas políticas que no tenían ningún carácter judicial. No se veía, pues, cuál podría ser el fundamento de una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en materia de persecución en el fuero penal dirigida contra los crímenes de que se trataba.

143. En cambio, podría darse una respuesta diferente a la cuestión de saber si, en ciertos casos, la acción penal no debería estar subordinada al previo asentimiento del Consejo de Seguridad. Entre los crímenes penados por el proyecto de código había algunos que atentaban de manera significativa contra la paz internacional. Se trataba, en particular, de la agresión y de la amenaza de agresión. Ahora bien, en virtud del Artículo 39 de la Carta de las

Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad tenía la facultad de determinar "la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión". En tales hipótesis, la acción penal podría estar condicionada a la determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión o la amenaza de agresión. Por consiguiente, si un Estado tratase de acudir directamente al tribunal sin el previo asentimiento del Consejo de Seguridad, el tribunal debería remitir la querella al Consejo de Seguridad para que previamente la examinara y diera su asentimiento.

144. En cuanto a las demás infracciones, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y, en particular, el genocidio y el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, el Relator Especial opinaba que no era necesario el asentimiento de un órgano de las Naciones Unidas.

145. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Relator Especial insistió en que había preparado un proyecto de posible disposición destinado simplemente a suscitar un debate sobre la cuestión, debate que podría orientarle más adelante. Este proyecto de disposición no estaba destinado a ser remitido al Comité de Redacción 301/ sino que constituía un simple sondeo, con el único fin de delimitar mejor las diversas posiciones de los miembros de la Comisión.

i) Los titulares del derecho a la jurisdicción penal

146. Algunos miembros hicieron observaciones sobre la cuestión relativa al titular del derecho a ejercitar la acción penal y sobre la solución prevista en el párrafo 1 del proyecto de posible disposición.

301/ El texto de esta posible disposición era el siguiente:

"La acción penal

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."

147. En opinión de algunos miembros había que trazar una distinción entre iniciar un proceso penal y poner un hecho en conocimiento de un tribunal internacional. Como en los sistemas jurídicos nacionales, que disponían de órganos específicos, competentes para ejercitar la acción penal contra un individuo, debería haber un sistema internacional en virtud del cual unos órganos específicos fueran competentes para ejercitar la acción pública con respecto a los crímenes internacionales. La función de los Estados debería limitarse, a juicio de estos miembros, a señalar a la atención del tribunal los crímenes y sus presuntos autores, así como la posibilidad de ejercitar una acción, pero el Estado mismo no podría ejercitarla. La acusación debía confiarse a un ministerio fiscal adjunto al tribunal, entre otras cosas porque la preparación del escrito de calificaciones o de acusación debía estar rodeada de garantías de imparcialidad y de objetividad y sería arriesgado confiar esta tarea a los Estados, que podrían caer en la tentación de abusar de su poder con fines políticos. A este respecto, un miembro señaló que un Estado podría presentar por escrito una solicitud de incoación de un proceso a la autoridad que se determinara en el estatuto del tribunal y que debería ser un órgano imparcial e independiente encargado de la instrucción y de decidir si había lugar a ejercitar la acusación penal.

148. A juicio de un miembro, el futuro artículo debería indicar claramente que la facultad de poner los hechos en conocimiento del órgano competente correspondía a todos los Estados Partes en el Código.

149. Algunos otros miembros pensaban que este derecho debía reconocerse también a otras entidades distintas de los Estados, como las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, e incluso a los particulares. Se adujo, a este respecto, que en el caso de un crimen contra el medio ambiente, por ejemplo, sería mucho más sencillo para una organización no gubernamental que para un Estado proponer la iniciación de un proceso penal, ya que los Estados se veían obligados a obrar con cautela en sus relaciones internacionales. Lo mismo cabía decir de los crímenes de guerra y las violaciones graves de los derechos humanos, casos en los cuales organizaciones no gubernamentales de carácter humanitario podían actuar con mayor facilidad.

150. Un miembro, en particular, destacó el hecho de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no podían ser perpetrados por individuos solos sin la ayuda o anuencia de un Estado, por lo que sería apropiado que no sólo los Estados, sino también la Asamblea General, el Consejo de Seguridad (sin derecho de veto) y los movimientos de liberación nacional reconocidos por las Naciones Unidas pudieran someter casos a los órganos competentes con miras al ejercicio de la acción penal.

151. Otro miembro recordó que la acción penal presentaba dos aspectos: la acción pública y la acción civil. A juicio de este miembro, esta última era absolutamente indispensable para obtener la condena del culpable al pago de daños y perjuicios o a la restitución de los bienes sustraídos, en virtud del principio judicial heredado del derecho romano según el cual un tribunal no podía dictar una sentencia extra petita o ultra petita, a menos que se pronunciara sobre una pena de contenido patrimonial, cuyo beneficiario no podía ser en principio una persona privada. Parecía pues necesario prever una disposición especial relativa a la acción civil.

152. Refiriéndose a las observaciones hechas en el curso del debate por diversos miembros con respecto al derecho a la jurisdicción penal y a sus titulares, el Relator Especial hizo observar una vez más que el proyecto de disposición que había propuesto no era más que una simple hipótesis de trabajo. A propósito de la expresión "acción penal", que podía entenderse tanto en el sentido de presentar una denuncia como en el sentido del derecho a querellarse como en el del derecho de las autoridades competentes de los Estados a ejercitar la acción pública, el Relator Especial deseaba aclarar que la entendía únicamente en el sentido del derecho a intervenir como parte ante el tribunal penal internacional, a interponer una querella ante ese tribunal. La distinguía, pues, de la acción pública. Por otra parte, el Relator Especial pensaba, al igual que otros miembros de la Comisión, que el derecho a intervenir en un proceso ante el tribunal penal internacional debía corresponder no solamente a los Estados (excluidos los particulares), sino también a las organizaciones internacionales interesadas.

ii) Las funciones respectivas de un tribunal penal internacional y del Consejo de Seguridad en caso de crimen de agresión o de amenaza de agresión

153. Muchos miembros de la Comisión se refirieron a la cuestión de la posible relación entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y un tribunal penal internacional en lo que respecta a los crímenes de agresión y de amenaza de agresión, cuestión que se trataba en el párrafo 2 del proyecto de posible disposición.

154. Varios de estos miembros consideraron criticable la idea de subordinar el ejercicio de la acción penal a la determinación previa del acto de agresión o amenaza de agresión por el Consejo de Seguridad. A juicio de estos miembros, conceder al Consejo de Seguridad la facultad de bloquear una acción penal podía crear entre los acusados del crimen de agresión una desigualdad fundamental, contraria al principio de igualdad de todos ante la ley penal. Estos miembros podían aceptar que el tribunal quedase vinculado por una decisión del Consejo de Seguridad que determinara la existencia de un acto de agresión o de amenaza de agresión. Pero no ocurría lo mismo en el caso inverso. Cabía muy bien imaginar que el Consejo de Seguridad no calificase de agresión un acto determinado aun cuando concurrieran los elementos constitutivos del crimen de agresión. Estos casos podían incluso producirse a menudo, aunque sólo fuese por el derecho de veto. Ahora bien, sería difícilmente admisible que, porque un Estado gozase del derecho de veto, sus dirigentes, o los de un Estado protegido por él, fuesen tratados de distinta manera que los de otro Estado más pequeño o más aislado. La aplicación de la "ley del embudo" era sin duda criticable en todos los casos, pero era comprensible en el plano político; dejaba de serlo desde un punto de vista jurídico, y menos todavía desde un punto de vista judicial. Estos miembros destacaron el hecho de que los dos órganos debían actuar en planos totalmente distintos: el Consejo de Seguridad era un órgano al cual la Carta confería atribuciones y competencias políticas que le eran propias y en las que no podía injerirse ningún otro órgano; el tribunal, por su parte, sería un órgano judicial al que el código confería atribuciones jurisdiccionales.

155. Sosteniendo la misma tesis, un miembro resumió las posibles relaciones entre el Consejo de Seguridad y el tribunal de la manera siguiente.

Era indiscutible que si el Consejo de Seguridad determinaba que cierto acto efectuado por un Estado constituía una agresión, o una amenaza de agresión, el

tribunal penal internacional no podría calificar ese acto de otro modo sin menoscabo para el sistema de las Naciones Unidas. En cambio, si el Consejo de Seguridad no se pronunciaba sobre el comportamiento de un Estado, el tribunal penal internacional tendría plena libertad para calificar ese comportamiento de agresión o de amenaza de agresión, a ser necesario. Por último, si por cualquier razón el Consejo de Seguridad debiera pronunciarse sobre ese comportamiento después de haber sido calificado por el tribunal penal internacional -caso muy improbable, pues para ello sería necesario que la intervención del Consejo de Seguridad hubiera perdido su carácter de urgencia-, el Consejo no se consideraría vinculado por la decisión del tribunal. Lo esencial era, en cualquier caso, que la acción del tribunal penal internacional y la acción del Consejo de Seguridad se situaban en dos niveles diferentes: la función del tribunal era castigar un acto criminal, mientras que la del Consejo de Seguridad era tomar medidas destinadas a resolver ciertos problemas y a alejar las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales.

156. En apoyo de su tesis estos mismos miembros invocaron el principio aplicado por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia dictada en 1986 en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos. La Corte no se había negado en modo alguno a examinar la cuestión de si uno de los Estados partes en la controversia había sido culpable de un acto de agresión que no había sido determinado por el Consejo de Seguridad.

157. Algunos miembros señalaron que una estricta separación entre las funciones judiciales de un tribunal penal internacional y las funciones políticas del Consejo de Seguridad era tanto más importante cuanto que el sistema carecía de todo mecanismo de frenos y contrapesos o de algún medio para determinar si la acción de un órgano político se ejercía ultra vires. Ahora bien, el derecho internacional, si se consideraba aislado de la justicia internacional, no podía ser la expresión de un ideal. Por el contrario, una función judicial independiente mejoraría la eficacia del sistema creado por la Carta y lo completaría de forma que no pudiera considerarse que consagraba una dicotomía entre el derecho y la justicia. En particular, un miembro señaló que no había que extraer de la función del Consejo de Seguridad en la reciente crisis del Golfo Pérsico más consecuencias de las que fuesen estrictamente

necesarias. Sería pura especulación preguntarse si en el futuro ciertas circunstancias forjarían de nuevo la rara unanimidad que había existido en el Consejo de Seguridad en esa oportunidad o si sólo fue un caso aislado en razón de sus circunstancias especiales. Podrían mencionarse otros varios casos, recientes o no tan recientes, en los que el Consejo de Seguridad había sido incapaz de determinar la existencia de una amenaza o un acto de agresión y en los que legítimamente podría sostenerse que tal amenaza o acto habían ocurrido y continuaban ocurriendo a causa de un derecho de veto ejercido por motivos políticos, independientemente del fondo del asunto.

158. Otro miembro señaló que se había afirmado con razón que debía distinguirse entre la determinación hecha por un órgano político de la existencia de un acto o una amenaza de agresión y la determinación hecha por un tribunal penal internacional. Cuando el Consejo de Seguridad no se pronunciara, el tribunal penal internacional podría determinar de oficio la existencia de agresión. Pero en el caso de una amenaza de agresión -es decir, cuando la agresión no hubiese ocurrido realmente- no sería conveniente que el tribunal emitiera una opinión jurídica sobre una cuestión que era de carácter eminentemente político.

159. Algunos otros miembros opinaban que en virtud de la Carta de las Naciones Unidas correspondía siempre al Consejo de Seguridad determinar si se había cometido un acto de agresión o una amenaza de agresión. Una persona no podía ser juzgada por agresión sino en el caso de que el Consejo de Seguridad hubiera determinado que un Estado había cometido una agresión. Si el tribunal estaba obligado a respetar la decisión por la cual el Consejo de Seguridad determinaba si había habido efectivamente o no acto de agresión, había que dejar al arbitrio de la Corte la decisión sobre la responsabilidad individual en la participación del crimen, independientemente de toda decisión eventual del Consejo de Seguridad sobre este punto.

160. En particular, un miembro sostuvo que los crímenes de agresión y de amenaza de agresión eran crímenes <u>sui generis</u>, en el sentido de que, por definición, solo existían si el Consejo de Seguridad calificaba como tales ciertos actos. Siendo así, no alcanzaba a ver cómo un tribunal penal internacional podría declarar a un individuo culpable de haber cometido un

crimen de agresión o de amenaza de agresión si el Consejo de Seguridad no se pronunciaba o si determinaba que no había habido agresión ni amenaza de agresión. Este miembro no compartía plenamente las observaciones hechas a propósito del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos de América, ya que la Corte, con razón o sin ella, según el parecer de cada cual sobre la admisibilidad de la demanda, trataba de la legítima defensa, noción que difería de la de agresión. No sólo sería extraño que hubiera dos calificaciones diferentes, una procedente del Consejo de Seguridad y la otra del tribunal, sino que sería perjudicial para el orden jurídico internacional que un tribunal penal internacional declarase, por ejemplo, a un alto funcionario culpable del crimen de agresión al tiempo que el Consejo de Seguridad hubiera decidido que no había habido agresión por parte del Estado al que sirviera ese alto funcionario. Esto no significaba, sin embargo, que el tribunal penal internacional no pudiera conocer de asuntos relacionados con un conflicto armado; tendría que conocer de ellos si estaba llamado a enjuiciar crímenes de guerra.

161. Otro miembro señaló que la determinación de la existencia de agresión por el Consejo de Seguridad no era simplemente un acto político sino que se fundaba en el derecho internacional. A juicio de este miembro, negar el carácter jurídico de una determinación de la agresión por el Consejo de Seguridad fundándose en que el Consejo era un órgano político conduciría también a negar el carácter jurídico de muchas resoluciones de la Asamblea General en las que se establecían principios y normas de derecho internacional. Además, no había que olvidar que ciertos actos como el genocidio, el apartheid o la agresión no eran sólo crímenes sino también actos políticos. Este mismo miembro pensaba que la atribución de la función de determinar la existencia de un acto de agresión a un tribunal penal, aunque se tratase de un tribunal internacional, podría dar lugar en definitiva a la destrucción del actual sistema de mantenimiento del orden internacional. Para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, la Carta representaba la fuente suprema de derecho internacional contemporáneo y toda decisión sobre esta materia de un tribunal penal sería onoperante si fuese contraria a una decisión del Consejo de Seguridad. Al mismo tiempo, este miembro comprendía

la preocupación de los miembros de la Comisión que no querían que los actos de agresión quedaran impunes en los casos en que el Consejo de Seguridad, por razones políticas, dejara de tomar una decisión. Se trataba de un problema espinoso, pero al tratar de encontrarle una solución era más aconsejable atenerse a las nuevas realidades de las relaciones internacionales que desconocer o destruir el orden jurídico existente.

162. A juicio de otro miembro, varios de los argumentos invocados por los miembros que se oponían a la necesidad de una determinación previa de la existencia de una agresión o de una amenaza de agresión por el Consejo de Seguridad eran reflejo de teorías como las de la separación y el equilibrio de poderes. Pero en realidad ninguno de estos elementos ocupaba un lugar particularmente importante en el sistema de las Naciones Unidas y no estaba del todo claro si servían de argumento en favor o en contra de la facultad del tribunal de emitir un dictamen que difiriera de lo determinado por el Consejo de Seguridad.

163. Refiriéndose a las diversas observaciones hechas por los miembros en el curso del debate acerca de la cuestión clave del papel del Consejo de Seguridad en caso de crimen de agresión o de amenaza de agresión, el Relator Especial señaló que comprendía muy bien las vivas reacciones que había suscitado. Ahora bien: no podía estimarse que fuera impropio proponer la intervención de un órgano político, idea que había sido tomada en consideración en diversos proyectos presentados en el pasado. En particular, el Sr. V. V. Pella presentó antes de la segunda guerra mundial un proyecto de estatuto para la creación de una sala de lo penal en el seno de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que fue aceptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, y que preveía que la acción penal internacional sería ejercitada por el "Consejo de la Sociedad de las Naciones", expresión sustituida ulteriormente por la de "Consejo de Seguridad". Ciertamente, la actuación del Consejo de Seguridad en el pasado justificaba ciertos prejuicios al respecto pero, como se hizo observar en el curso del debate, el Consejo había evolucionado y la parálisis que le había afectado durante largo tiempo no se debía a un vicio inherente sino a la guerra fría que reinaba entonces.

164. El Relator Especial añadió que la cuestión del papel del Consejo de Seguridad había sido examinada ya por la Comisión hacía algunos años y que en aquella ocasión se habían debatido varias hipótesis. La primera de ellas era que el Consejo determinase inequívocamente que había habido, por ejemplo, crimen de agresión, en cuyo caso sería difícil que un tribunal penal internacional declarase lo contrario, no por estar subordinado al Consejo de Seguridad, sino simplemente para evitar los conflictos entre el Estado denunciante o querellante y el Estado contra el cual se hubiera presentado la denuncia o querella. Otra hipótesis era la del ejercicio del derecho de veto, pero el Relator Especial hizo observar que el veto no era una decisión: era una no-decisión, una especie de negativa a examinar un problema. En este sentido, no impediría que se presentara una denuncia o querella ante el tribunal penal internacional ni sería un obstáculo a su competencia. No podría pues cubrir a una gran Potencia que dispusiera del derecho de veto. Finalmente, había la hipótesis de que el Consejo de Seguridad no actuase porque era en resumidas cuentas un órgano de negociación. En este caso su silencio no impediría tampoco que el tribunal penal internacional conociera de un asunto.

165. Así pues, de ello se desprendía, a juicio del Relator Especial, que la función del Consejo de Seguridad en relación con la acción penal sólo podía plantear problemas en la primera de esas hipótesis. Pero el Relator Especial estaba convencido de que la Comisión podría dar a estos problemas una solución prudente y razonada que tuviera en cuenta el nuevo clima político.

2. Decisiones adoptadas por la Comisión en relación con el proyecto de artículos

166. En sus sesiones 2236a. a 2241a. la Comisión, después de haber examinado el informe del Presidente del Comité de Redacción, aprobó provisonalmente los artículos 11 (Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico), 14 (Causas de justificación y circunstancias atenuantes), 19 (Genocidio), 20 (Apartheid), 21 (Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos), 22 (Crímenes de guerra excepcionalmente graves) y 26 (Daños intencionales y graves al medio ambiente). La Comisión aprobó igualmente con carácter provisional un nuevo artículo 3 (Responsabilidad y castigo) y dividió la mayor parte del texto del antiguo artículo 3 en dos nuevos artículos: el artículo 4 (Móviles) y el artículo 5 (Responsabilidad de los Estados).

167. La Comisión modificó además la numeración de varios artículos que habían sido provisionalmente aprobados en anteriores períodos de sesiones, a saber: el antiguo artículo 4 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición), que pasó a ser el artículo 6; el antiguo artículo 5 (Imprescriptibilidad), que pasó a ser el artículo 7; el antiguo artículo 6 (Garantías judiciales), que pasó a ser el artículo 8; el antiguo artículo 7 (Cosa juzgada), que pasó a ser el artículo 9; el antiguo artículo 8 (Irretroactividad), que pasó a ser el artículo 10; el antiguo artículo 10 (Responsabilidad del superior jerárquico), que pasó a ser el artículo 12; el antiguo artículo 11 (Carácter oficial y responsabilidad penal), que pasó a ser el artículo 13 (Carácter oficial y responsabilidad); el antiguo artículo 12 (Agresión), que pasó a ser el artículo 15; el antiguo artículo 13 (Amenaza de agresión), que pasó a ser el artículo 16; el antiguo artículo 14 (Intervención), que pasó a ser el artículo 17; el antiguo artículo 15 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera), que pasó a ser el artículo 18; el antiguo artículo 16 (Terrorismo internacional), que pasó a ser el artículo 24; el antiguo artículo 18 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios), que pasó a ser el artículo 23; y el antiguo artículo X (Tráfico ilícito de estupefacientes) que pasó a ser el artículo 25.

168. Por lo demás, y en lo concerniente a los artículos relativos a los crímenes que ya habían sido aprobados en sus anteriores períodos de sesiones, la Comisión agregó en unos casos un párrafo de introducción y modificó en otros ligeramente el artículo con objeto de tomar en consideración la cuestión de la atribución del crimen a los individuos y de la sanción. Tal es el caso de los artículos que a continuación se indican con su nueva numeración: 15 (Agresión); 16 (Amenaza de agresión); 17 (Intervención); 18 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera); 23 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios); 24 (Terrorismo internacional) y 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes). Quedó entendido que los comentarios a estos artículos serían objeto de los cambios de pura forma que requiriesen la adición de un párrafo o la ligera modificación del artículo.

169. Por otra parte, la Comisión introdujo los siguientes cambios en el texto de los artículos aprobados provisionalmente en sus anteriores períodos de sesiones: en la versión francesa, en la nota de pie de página correspondiente al título del artículo 6 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición)

(antiguo artículo 4), se han sustituido las palabras "juridiction pénale internationale" por "tribunal pénal international"; la misma modificación se ha introducido en la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1 del artículo 9 (Cosa juzgada) (antiguo artículo 7), y el término "juridiction" ha sido sustituido por la palabra "tribunal"; finalmente, en la cláusula de encabezamiento, del párrafo 4 del artículo 15 (Agresión) (antiguo artículo 12) se han suprimido las palabras "En particular," que figuraban entre corchetes.

170. Por lo que se refiere a la estructura del código, la Comisión decidió dividirlo en dos partes. La parte I se compone de dos capítulos, un capítulo 1 titulado "Definición y tipificación" (artículos 1 y 2) y un capítulo 2 titulado "Principios generales" (artículos 3 a 14). La parte II se titula "Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" (artículos 15 a 26). Quedó entendido en la Comisión que el orden adoptado en el proyecto para la presentación de los artículos relativos a los crímenes no pretendía en modo alguno indicar el orden de gravedad de tales crímenes.

171. La Comisión acordó aplazar hasta la segunda lectura del proyecto la cuestión relativa a las penas aplicables, a fin de examinarla a la luz del debate celebrado en la Comisión en el actual período de sesiones (véase más arriba, párrafos 70 a 105) y teniendo en cuenta los comentarios y observaciones al respecto formulados por los gobiernos.

172. La Comisión acordó asimismo abordar en la segunda lectura del proyecto, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos, el examen de la cuestión que se planteaba en relación con el párrafo 3 del artículo 3, es decir, la de si todos los crímenes penados por el proyecto de código o sólo algunos de ellos podían darse en grado de tentativa y, en el segundo caso, cuáles eran esos crímenes.

173. La Comisión aprobó en primera lectura el proyecto en su totalidad en su 2241a. sesión, el 12 de julio de 1991. La Comisión, sin embargo, es consciente de que el proyecto de código puede ser mejorado aún y que esas mejoras podrían introducirse en segunda lectura, teniendo en cuenta de los elementos adicionales que aporten los comentarios y observaciones de los gobiernos. El texto del proyecto figura más abajo, en la sección D.1 del presente capítulo.

174. También en la 2241a. sesión, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir los artículos que figuran en la sección D.1 del presente capítulo, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General el 1° de enero de 1993 a más tardar.

175. El proyecto que la Comisión ha terminado en primera lectura en el presente período de sesiones constituye la primera parte de los trabajos de la Comisión sobre el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Naturalmente, la Comisión seguirá cumpliendo, en sus próximos períodos de sesiones, el mandato que le confirió la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, que invita a la Comisión a que, al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, 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 jurisdiccional penal de carácter internacional. La Comisión ha empezado ya a dar cumplimiento a ese mandato y los trabajos que a este respecto ha efectuado en su actual período de sesiones se recogen más arriba, en los párrafos 106 a 165.

C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Doudou Thiam

176. En su 2241a. sesión, el 12 de julio de 1991, la Comisión, tras aprobar provisionalmente el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

> "La Comisión de Derecho Internacional,
>
> Habiendo aprobado provisionalmente el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad,
>
> Desea expresar al Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, su profundo reconocimiento por la destacada contribución que ha aportado al estudio del tema con su infatigable dedicación y su competencia profesional, que han permitido a la Comisión llevar a feliz término su primera lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad."

D. Proyecto de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

1. Texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura

PROYECTO DE CODIGO DE CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Parte I

Capítulo 1

DEFINICION Y TIPIFICACION

Artículo 1 [302]/

Definición

Los crímenes [de derecho internacional] definidos en el presente Código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Artículo 2 [303]/

Tipificación

La tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del derecho interno. El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación.

Capítulo 2

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3 [304]/

Responsabilidad y castigo

1. El que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

2. El que proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o que conspire para cometer tal crimen o incite directamente a cometerlo será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

---

[302]/ El comentario figura en Anuario..., 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 13.

[303]/ El comentario figura en ibid., pág. 14.

[304]/ El comentario figura más abajo, sec. D.2.

3. El que ejecute un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos ...] será tenido por responsable e incurrirá en una pena. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

Artículo 4 305/

Móviles

La responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resultará afectada por cualesquiera móviles ajenos a la definición del crimen que invoque el acusado.

Artículo 5 306/

Responsabilidad de los Estados

El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible.

Artículo 6* 307/

Obligación de juzgar o de conceder la extradición

1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional.

---

* Este artículo volverá a examinarse si se crea un tribunal penal internacional.

305/ El comentario figura más abajo, ibid.

306/ El comentario figura más abajo, ibid.

307/ El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 73.

Artículo 7 308/

Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es imprescriptible.

Artículo 8 309/

Garantías judiciales

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tendrá derecho sin discriminación a las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho. En particular, tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y:

a) a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él;

b) a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él;

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

d) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;

e) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

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

g) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

h) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

308/ El comentario figura en Anuario... 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 16.

309/ El comentario figura en ibid., pág 17.

Artículo 9 310/

Cosa juzgada

1. Nadie será juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el presente Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional*.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 5, nadie podrá ser juzgado ni castigado por un crimen penado por el presente Código en razón de un hecho por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, a condición de que, en caso de condena, se haya cumplido o se esté cumpliendo la pena impuesta.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal penal internacional o un tribunal nacional en razón de un crimen penado por el presente Código cuando los hechos que hayan llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondan a uno de los tipos establecidos en el presente Código*.

4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal nacional de otro Estado en razón de un crimen penado por el presente Código:

a) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

b) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

5. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal deducirá, al dictar sentencia, toda pena impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.

Artículo 10 311/

Irretroactividad

1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de la entrada en vigor de éste.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de cualquier individuo por actos que, en el momento de

---

* La referencia a un tribunal penal internacional no prejuzga la cuestión de la creación de dicho tribunal.

310/ El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 74.

311/ El comentario figura en ibid., pág. 75.

ejecutarse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.

Artículo 11 312/

Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Artículo 12 313/

Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen, y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.

Artículo 13 314/

Carácter oficial y responsabilidad

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal.

Artículo 14 315/

Causas de justificación y circunstancias atenuantes

1. El tribunal competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

2. Al dictar sentencia, el tribunal tomará en consideración, cuando proceda, las circunstancias atenuantes.

312/ El comentario figura más abajo, sec. D.2.

313/ El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 76.

314/ El comentario figura en ibid., pág. 77.

315/ El comentario figura más abajo, sec. D.2.

Parte II

CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Artículo 15 316/

Agresión

1. El que en calidad de dirigente o de organizador proyecte o ejecute un acto de agresión, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

3. El primer uso de la fuerza armada por un Estado en violación de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trate o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

4. Constituirá un acto de agresión cualquiera de los actos siguientes, haya o no declaración de guerra, teniendo debidamente en cuenta los párrafos 2 y 3:

a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

316/ El comentario figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 78.

f) la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos;

h) cualesquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión.

[5. Cualquier decisión del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión vinculará a los tribunales nacionales.]

6. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta de las Naciones Unidas, incluidas sus disposiciones sobre los casos en que es lícito el uso de la fuerza.

7. Nada de lo dispuesto en este artículo podrá en modo alguno interpretarse en perjuicio del derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como se desprende de la Carta, de los pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera, ni del derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, con arreglo a los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

Artículo 16 317/

Amenaza de agresión

1. El que en calidad de dirigente o de organizador ejecute una amenaza de agresión, u ordene que sea ejecutada, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. La amenaza de agresión consiste en declaraciones, comunicaciones, demostraciones de fuerza o cualquier otra medida que puedan dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado.

317/ El comentario figura en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10, (A/44/10), pág. 182.

Artículo 17 318/

Intervención

1. El que en calidad de dirigente o de organizador ejecute una intervención en los asuntos internos o externos de un Estado, u ordene que sea ejecutada, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. La intervención en los asuntos internos o externos de un Estado consiste en el fomento de actividades [armadas] subversivas o terroristas, o la organización, ayuda o financiación de tales actividades o el suministro de armas para tales actividades, atentando así [gravemente] contra el libre ejercicio por ese Estado de sus derechos soberanos.

3. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá en modo alguno redundar en perjuicio del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 18 319/

Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera

El que en calidad de dirigente o de organizador establezca o mantenga por la fuerza, u ordene que se establezca o mantenga por la fuerza, una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos tal como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

Artículo 19 320/

Genocidio

1. El que ejecute un acto de genocidio, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. Se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) la matanza de miembros del grupo;

b) la lesión grave a la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo;

318/ El comentario figura en *ibid.*, pág. 185.

319/ El comentario figura en *ibid.*, pág. 188.

320/ El comentario figura más abajo, sec. D.2.

c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 20 321/

Apartheid

1. El que en calidad de dirigente o de organizador cometa el crimen de apartheid, u ordene que sea cometido, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. El apartheid consiste en cualquiera de los actos siguientes perpetrados en aplicación de políticas y prácticas de segregación y discriminación raciales con el fin de instituir o mantener la dominación de un grupo racial sobre cualquier otro grupo racial y de oprimirlo sistemáticamente:

a) la denegación a uno o más miembros de un grupo racial del derecho a la vida y a la libertad de la persona;

b) la imposición deliberada a un grupo racial de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir que un grupo racial participe en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo;

d) cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, en particular mediante la creación de reservas y guetos separados para los miembros de un grupo racial, la prohibición de los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales o la expropiación de los bienes raíces pertenecientes a un grupo racial o a los miembros de éste;

e) la explotación del trabajo de los miembros de un grupo racial, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) la persecución de las organizaciones y las personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

321/ El comentario figura más abajo, ibid.

Artículo 21 322/

Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos

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

- asesinato;
- tortura;
- establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso;
- persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; o
- deportación o traslado forzoso de poblaciones,

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

Artículo 22 323/

Crímenes de guerra excepcionalmente graves

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

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

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

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

c) el empleo de armas ilícitas;

322/ El comentario figura más abajo, *ibid*.

323/ El comentario figura más abajo, *ibid*.

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

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

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

Artículo 23 324/

Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios

1. El que en calidad de agente o de representante de un Estado ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

- reclutar, utilizar, financiar o entrenar mercenarios para actividades dirigidas contra otro Estado o con objeto de oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional

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

2. Se entiende por mercenario todo individuo:

a) especialmente reclutado, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado;

b) que participe en las hostilidades animado esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y haya recibido efectivamente la promesa, hecha por una parte en el conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;

c) que no sea nacional de una parte en el conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en el conflicto;

d) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto; y

e) que no haya sido enviado en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea parte en el conflicto.

324/ El comentario figura en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10, (A/45/10), pág. 70.

3. Se entiende también por mercenario, en cualquier otra situación, todo individuo:

a) que haya sido especialmente reclutado, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito:

i) de derrocar un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado, o

ii) de socavar la integridad territorial de un Estado;

b) que participe en ese acto animado esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y le incite a ello la promesa o el pago de una retribución material;

c) que no sea nacional ni residente del Estado contra el que esté dirigido ese acto;

d) que no haya sido enviado por un Estado en misión oficial; y

e) que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se ejecute el acto.

Artículo 24 325/

Terrorismo internacional

El que en calidad de agente o de representante de un Estado ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

- realizar, organizar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actos contra otro Estado que atenten a las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general

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

Artículo 25 326/

Tráfico ilícito de estupefacientes

1. El que ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

325/ El comentario figura en ibid., pág. 67.

326/ El comentario figura en ibid., pág. 72.

- realizar, organizar, facilitar, financiar o alentar el tráfico ilícito de estupefacientes, en gran escala, en el ámbito de un Estado o en un ámbito transfronterizo

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

2. A los efectos del párrafo 1, el hecho de facilitar o alentar el tráfico ilícito de estupefacientes incluye la adquisición, tenencia, conversión o transferencia de bienes por un individuo a sabiendas de que esos bienes proceden del crimen definido en este artículo con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.

3. Se entiende por tráfico ilícito de estupefacientes toda producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en violación del derecho interno o del derecho internacional.

Artículo 26 327/

Daños intencionales y graves al medio ambiente

El que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. Texto de los artículos 3, 4, 5, 11, 14, 19, 20, 21, 22 y 26, con los comentarios correspondientes y el comentario a la parte II en su conjunto, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43° período de sesiones

Parte I

...

Capítulo 2

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

Responsabilidad y castigo

1. El que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

2. El que proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o que conspire para cometer tal crimen o incite directamente a cometerlo será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

327/ El comentario figura más abajo, sec. D.2.

3. El que ejecute un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos...] será tenido por responsable e incurrirá en una pena. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

Comentario

1) El presente artículo trata de la responsabilidad penal individual, de la participación criminal y de la tentativa.

2) El primer párrafo trata más en particular de la responsabilidad del autor del crimen y limita a las personas naturales la responsabilidad criminal y el castigo que se deriva de ella, excluyendo a los Estados. Es verdad que el hecho del cual es responsable una persona natural podría atribuirse también a un Estado si aquélla ha actuado como "agente del Estado", "por cuenta del Estado", "en nombre del Estado" o en calidad de agente de hecho, sin mandato legal. El artículo 3 establece claramente la responsabilidad criminal del individuo y se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado. A este respecto y en el curso de los debates celebrados en sesión plenaria sobre el proyecto de código algunos miembros de la Comisión sostuvieron la tesis de que se podría considerar penalmente responsable no sólo al individuo sino también al Estado. Sin embargo, la Comisión, en su 36° período de sesiones, decidió limitar en esta fase el proyecto de código a la responsabilidad criminal de los individuos, sin perjuicio de un examen ulterior de la posible aplicación a los Estados de la noción de responsabilidad criminal internacional, habida cuenta de las opiniones expresadas por los gobiernos 328/. Es preciso indicar a este respecto que, suponiendo que la responsabilidad criminal del Estado pudiera codificarse, las reglas que le serían aplicables no podrían ser las mismas, ni desde el punto de vista de la investigación, ni desde el de la comparecencia ante el tribunal o el castigo. Los dos regímenes de responsabilidad criminal serían diferentes. Ya con ocasión de la aprobación del comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados la Comisión puso en guardia contra la tendencia a dar a la expresión "crimen internacional", empleada en dicho artículo, un contenido penal en el sentido

---

328/ Anuario... 1984, vol. II (Segunda parte), pág. 18, documento A/39/10, párr. 65 a).

que en el derecho criminal se da a esa palabra. La Comisión puso en guardia "contra toda confusión entre la expresión "crimen internacional" empleada en este artículo y expresiones similares ("crimen de derecho internacional", "crimen de guerra", "crimen contra la paz", "crimen contra la humanidad", etc.) utilizadas en una serie de convenciones e instrumentos internacionales para designar determinadas fechorías individuales respecto de las cuales tales instrumentos exigen de los Estados que castiguen adecuadamente conforme a las normas del derecho interno a las personas culpables" 329/. Subrayó que "la obligación de castigar personalmente a los individuos-órganos culpables de crímenes contra la paz, contra la humanidad, etc., no constituye, a juicio de la Comisión, una forma de responsabilidad internacional del Estado..." 330/.

3) El párrafo 2 se refiere a la complicidad, concepto que se define en el párrafo como el hecho de proporcionar ayuda o asistencia o medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. La complicidad, en cuanto forma de participación en el crimen, estaba ya prevista en el principio VII de los Principios de Nuremberg, en el inciso iii) del párrafo 13 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 y en el apartado e) del artículo III de la Convención sobre el Genocidio de 1948. La mayoría de los miembros de la Comisión convinieron en que la ayuda o la asistencia o los medios facilitados antes de la comisión del crimen o durante la misma constituían casos manifiestos de complicidad. En cambio, hubo división de opiniones con respecto al régimen a que convenía someter la ayuda, la asistencia o los medios facilitados "ex post facto", es decir, después de la comisión del crimen, por ejemplo, cuando se facilitaba la huida del autor o se le ayudaba a hacer desaparecer los instrumentos o los efectos del crimen etc. Parecía llegarse a la conclusión de que había que considerar como complicidad la ayuda, la asistencia o los medios facilitados ex post facto si respondían a un acuerdo concertado antes de la comisión del crimen. Sin embargo, las opiniones estaban divididas con respecto a la ayuda, la asistencia o los

---

329/ Anuario... 1976, vol. II (Segunda parte), pág. 117, documento A/31/10, párr. 59) del comentario al artículo 19.

330/ Ibid., pág. 102, párr. 21).

medios facilitados con posterioridad al hecho sin que mediara un acuerdo previo. A juicio de algunos miembros, representantes de ciertos sistemas jurídicos, se trataba también en ese caso de complicidad y el cómplice sería llamado, en esos sistemas jurídicos, "an accessory after the fact". En cambio, otros miembros pensaban que se trataba de una infracción de carácter diferente, llamada encubrimiento. No concebían, por ejemplo, que la persona que diese refugio al autor de un genocidio pudiera asimilarse a dicho autor como participante en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta persona ciertamente cometía un delito, pero no participaba en la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

4) El párrafo 2 se refiere también a la conspiración para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y a la incitación a cometerlo como formas de participación posibles que entrañan la responsabilidad criminal del agente y hacen que éste incurra en una pena. Por lo que respecta al término francés "complot", la Comisión prefirió el término "entente", que estaba tomado del artículo III de la Convención sobre el Genocidio y que se apartaba, al menos en francés, del utilizado en el proyecto de código de 1954 y en el Principio VI de los Principios de Nuremberg. Tanto la palabra "entente" como la palabra "complot" eran traducción de la palabra inglesa "conspiracy" ("conspiración"), que se ha mantenido en la versión inglesa del presente artículo. En todos los casos la conducta punible que se contemplaba era la participación en un plan concertado para la realización de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Comisión ha retenido esta noción en cuanto forma de participación y no como infracción o como crimen autónomo. La incitación directa ya figuraba en el proyecto de código de 1954, mientras que en la Convención sobre el Genocidio mencionaba la incitación directa y pública. La Comisión ha estimado que no era indispensable que la incitación fuese pública para ser punible, desde el momento en que estaba destinada a alentar la comisión de ciertos crímenes.

5) Tanto el proyecto de código de 1954 (inciso iv) del párrafo 13 del artículo 2) como la Convención sobre el Genocidio (párrafo d) del artículo III) se refieren a la tentativa como hecho punible, pero sin definirla. El párrafo 3 del artículo 3 trata de la responsabilidad y el castigo de todo el que ejecute un acto que constituya una tentativa y da la definición de la misma. De esta definición se desprende que el concepto de

tentativa comprende los siguientes elementos: a) el propósito de cometer un crimen determinado; b) un acto encaminado a cometerlo; c) la posibilidad aparente de cometerlo y d) la no consumación del crimen por motivos ajenos a la voluntad de su autor. Sin embargo, a diferencia del proyecto de código de 1954, en el que se tipificaba la tentativa para cometer "cualquiera" de los crímenes a que se refería el proyecto, en este caso había división de opiniones entre los miembros de la Comisión acerca de si la tentativa era admisible en el caso de todos los crímenes objeto del presente proyecto de código. Algunos miembros estimaban que era así. Otros pensaban que había que proceder a un examen detallado artículo por artículo a fin de determinar si la tipificación de la tentativa era aplicable a cada crimen individualmente considerado. La Comisión no ha querido, en el curso de esta primera lectura del proyecto de artículos, inclinarse hacia una u otra de estas dos soluciones. Por eso la primera frase del párrafo contiene entre corchetes las palabras "a que se refieren los artículos...". Será en el curso de la segunda lectura del proyecto de artículos, y a la luz de los comentarios de los gobiernos, cuando la Comisión tomará una decisión sobre esta cuestión.

6) En la versión francesa del título del presente artículo se ha utilizado la palabra "sanction" como equivalente de la palabra "punishment" ("castigo") utilizada en la versión inglesa.

Artículo 4

Móviles

La responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resultará afectada por cualesquiera móviles ajenos a la definición del crimen que invoque el acusado.

Comentario

El presente artículo determina que no serán pertinentes los móviles ajenos a la definición del crimen que invoque el acusado. Este artículo le ha parecido necesario a la Comisión para indicar claramente que el infractor no podrá recurrir a ningún subterfugio. Desde el momento en que la infracción presenta los caracteres definidos en el Código, su autor no puede invocar ningún móvil para disculparse. Se trata de excluir toda defensa fundada en cualquier otro móvil, cuando el móvil real que haya inspirado el acto esté incluido en la definición de los crímenes penados por el proyecto de código. Se entiende por "móvil" el impulso que ha movido al autor a actuar, o el

sentimiento que le ha animado (racismo, sentimiento religioso, opinión política, etc.). Ningún móvil, de ningún tipo, puede justificar un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. El móvil responde a la pregunta de cuáles eran las razones que animaban al autor del crimen. Generalmente los móviles que caracterizan un crimen contra la humanidad se basan en el odio racial o nacional, la religión o las opiniones políticas. Tal es la razón por la que, debido a los móviles que los inspiran, los crímenes a que se refiere el proyecto de código son los crímenes más graves. Es preciso distinguir el móvil de la intención, es decir, de la voluntad deliberada de cometer el crimen, que es, a su vez, una condición necesaria de las infracciones a que se refiere el proyecto de código. Ello se ha examinado en el párrafo 3) del comentario al artículo 1 del proyecto de artículos.

Artículo 5

Responsabilidad de los Estados

El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible.

Comentario

1) Como se ha señalado en el comentario al artículo 3, el proyecto de código, en el párrafo 1 del artículo 3, limita a las personas naturales la responsabilidad criminal por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y la Comisión ha decidido, por lo menos en esta fase, no aplicar a los Estados la responsabilidad penal internacional. Sin embargo, se ha indicado también en el comentario al artículo 3 que un individuo puede cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no solamente como simple particular sino también y con la mayor frecuencia como "agente del Estado", "por cuenta del Estado", "en nombre del Estado", o incluso en virtud de una simple relación de hecho, sin estar investido de ningún mandato legal.

2) Por consiguiente, este artículo deja intacta la responsabilidad internacional del Estado, en el sentido tradicional de la expresión tal y como se deduce del derecho internacional general, por actos u omisiones atribuibles al Estado como resultado de infracciones de las que se acusa a personas físicas que actúan como agentes del Estado. Como ya subrayó la Comisión en su comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el castigo de los individuos que son órganos del Estado

"no pone fin ciertamente a la persecución por la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyan en tales casos" 331/.
El Estado puede, pues, seguir siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen. El Estado podría verse obligado a reparar el daño causado por sus agentes.

Artículo 11

Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Comentario

1) La cuestión del papel que puede desempeñar un superior jerárquico en la perpetración de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad puede examinarse desde dos ángulos. Un primer aspecto de la cuestión consiste en saber en qué medida la perpetración de un crimen por un subordinado hace también incurrir en responsabilidad a su superior jerárquico. Este aspecto del problema se trata en el artículo 12. Un segundo aspecto de la cuestión consiste en determinar en qué medida la orden dada por un superior jerárquico para la perpetración de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad puede eximir de responsabilidad al subordinado. Esta es la cuestión de que se ocupa el artículo 11.

2) La regla según la cual la orden de un superior jerárquico en principio no exime de responsabilidad al subordinado fue establecida por la jurisprudencia de los tribunales militares después de la segunda guerra mundial y fue recogida en el Principio IV de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, y en el artículo 4 del proyecto de código de 1954. Así, por ejemplo, el Tribunal Militar de los Estados Unidos, en el asunto del mariscal de campo List y otros, afirmó que "un oficial sólo está obligado a cumplir las órdenes legales que recibe". "El que transmite, da o cumple una orden

---

331/ Ibid.

criminal se convierte en un criminal si ha reconocido, o debía haber reconocido, el carácter criminal de la orden. Es evidente que un mariscal de campo del ejército alemán con más de cuarenta años de experiencia como oficial de carrera tenía o debía haber tenido conocimiento del carácter ilícito de esta orden." ... "A nuestro juicio... si el subordinado no conocía la ilegalidad de la orden, o si no podía razonablemente esperarse que la conociera, no existe la intención dolosa necesaria para la comisión de un crimen y el subordinado queda exculpado" 332/.

3) Ahora bien, se admite que para que la orden de un superior también dé lugar a la responsabilidad del subordinado es preciso que éste haya tenido la posibilidad de elegir, es decir, la posibilidad real de no ejecutar la orden. Estas circunstancias no existirían en los casos de fuerza moral o material irresistible, de estado de necesidad o de error manifiesto y aceptable. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido muy severa en la apreciación de tales causas de justificación. Por esta razón, el Principio IV de los Principios de Nuremberg establece que la orden no exime de responsabilidad al autor "si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción". Por su parte, el proyecto de código de 1954 en una fórmula más precisa dispone que la orden no exime de responsabilidad al subordinado si, "dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden".

4) Por tanto, de ello se desprende que la cuestión relativa a la orden del superior jerárquico y sus efectos en la responsabilidd del subordinado guarda relación con la teoría de las causas de justificación o excepciones al principio de la responsabilidad que la Comisión aborda en el artículo 14, de manera aún provisional, como se explica en el comentario a ese artículo. Así pues, cabría preguntarse por qué la Comisión no ha abordado esta cuestión en el artículo 14 que versa sobre las causas de justificación y las circunstancias atenuantes. La Comisión opina que la importancia de la cuestión y su relación con la materia objeto del artículo 12 justifican que se regule en el artículo 11 y no en el artículo 14.

332/ American Military Tribunals, Case N° 7, vol. XI, págs. 1271 y 1236.

Artículo 14

Causas de justificación y circunstancias atenuantes

1. El tribunal competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

2. Al dictar sentencia, el tribunal tomará en consideración, cuando proceda, las circunstancias atenuantes.

Comentario

1) Este artículo reúne de manera provisional dos conceptos de derecho penal, a saber: las causas de justificación y las circunstancias atenuantes, que intervienen al determinar la responsabilidad del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un participante en su perpetración, y el castigo que debe aplicárseles. Se trata de dos conceptos que la Comisión considera muy importantes y que ha debatido en el curso de este período de sesiones. Sin embargo, la Comisión no logró elaborar disposiciones muy detalladas que fueran aceptables para todos los miembros, ya que sus opiniones diferían acerca de los efectos o las consecuencias resultantes de tales conceptos. Decidió, pues, limitarse por ahora a adoptar esta disposición de carácter general que se refiere a la posibilidad de que el tribunal tenga en cuenta la existencia de causas de justificación o de circunstancias atenuantes. Más adelante se estudiará una formulación más precisa y más adecuada, teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos, que permita a la Comisión, en la segunda lectura del proyecto de artículos, redactar disposiciones más apropiadas.

2) En lo concerniente al párrafo 1, relativo a las causas de justificación, hubo un intercambio de ideas sobre la aplicabilidad a los crímenes penados por el proyecto de código de ciertos conceptos clásicos de derecho penal tales como la legítima defensa, la fuerza irresistible, el estado de necesidad, la fuerza mayor y el error. En cuanto a la legítima defensa, por ejemplo, algunos miembros pensaban que la naturaleza de algunos crímenes penados por el Código no era compatible con las causas de justificación. A los miembros que aceptaban la legítima defensa sólo en caso de agresión, otros miembros respondían que la agresión, si se determinaba su existencia, no podía justificarse por ningún hecho. Hubo otros cambios de impresiones sobre la

fuerza irresistible, el estado de necesidad, la fuerza mayor y el error, así como sobre otras causas de justificación posibles, como por ejemplo la enajenación mental 333/. En cuanto a la orden de un superior jerárquico, la Comisión decidió dedicarle una disposición separada (art. 11) por las razones que se explican en el comentario de ese artículo. A juicio de algunos miembros, contra ciertas categorías de crímenes como, por ejemplo, los crímenes contra la humanidad, nunca era posible invocar causas de justificación.

3) En cuanto al párrafo 2, varios miembros indicaron que un artículo de esta naturaleza debería ser mucho más preciso en la enumeración de las circunstancias que permitían graduar la pena 334/. Además, varios miembros expresaron reservas sobre la oportunidad de incluir en un mismo artículo dos conceptos fundamentalmente diferentes, ya que las causas de justificación se referían a la existencia o inexistencia de responsabilidad, en tanto que las circunstancias atenuantes presuponían la responsabilidad y eran pertinentes solamente en la determinación de la pena. No obstante, la Comisión, con el fin indicado en el párrafo 1) del presente comentario, ha decidido mantener el proyecto de artículo en su totalidad.

Parte II

CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

1) En la parte II se define el ámbito de aplicación ratione materiae y ratione personae del proyecto de código.

2) El proyecto ya no mantiene la distinción entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Dicha distinción ha servido de útil guía para determinar el planteamiento que ha de adoptarse en relación con cada crimen, pero la Comisión ha llegado a la conclusión de que,

---

333/ Un debate sobre estas nociones había tenido lugar en el 39° período de sesiones de la Comisión, con ocasión del examen del quinto informe del Relator Especial; véase, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones, documento A/42/10, párrs. 44 a 55.

334/ Por lo que respecta a esta cuestión, véase más arriba el debate sobre las penas aplicables celebrado en el Pleno en el presente período de sesiones, especialmente el párrafo 91.

en esta fase de sus trabajos y hasta que se reciban las observaciones de los gobiernos, puede prescindirse de ella puesto que se ha llegado a una solución con respecto tanto a los elementos constitutivos como a la atribución de cada crimen.

3) El orden en que se enumeran los crímenes no implica ningún juicio de valor en cuanto a su grado de gravedad.

4) La Comisión, que ha adoptado una fórmula uniforme para indicar las personas a que puede atribuirse la responsabilidad de cada uno de los crímenes enumerados en el Código, ha elaborado tres modalidades, según la naturaleza del crimen considerado. A su juicio, algunos de los crímenes definidos en el Código, a saber, la agresión (art. 15), la amenaza de agresión (art. 16), la intervención (art. 17), la dominación colonial (art. 18) y el apartheid (art. 20) son cometidos siempre por personas que ocupan los puestos más elevados en la escala de adopción de decisiones de la maquinaria política o militar del Estado o de su vida económica o financiera, o por orden suya. Por lo que respecta a tales crímenes, la Comisión ha limitado el círculo de los posibles autores a los dirigentes u organizadores, fórmula que figura en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el Estatuto del Tribunal de Tokyo. Un segundo grupo de crímenes, es decir, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios (art. 23) y el terrorismo internacional (art. 24) caen dentro del ámbito de aplicación del Código en los casos en que intervienen en ellos agentes o representantes de un Estado. Un tercer grupo de crímenes, esto es, el genocidio (art. 19), las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos (art. 21), [illegible]enes de guerra excepcionalmente graves (art. 22), el tráfico ilícito de estupefacientes (art. 25) y los daños intencionales y graves al medio ambiente (art. 26) serán punibles de conformidad con el Código quienesquiera que sean sus autores.

5) Los artículos no disponen que las personas indicadas deban haber ejecutado por sí el acto de que se trata y establecen que esas personas serán responsables por el mero hecho de ordenar la ejecución de cualquiera de tales actos.

6) Las disposiciones sobre los autores deben leerse en relación con el artículo 3, relativo a la complicidad, la conspiración y la tentativa.

7) La Comisión trató de manera uniforme la cuestión de las penas. El debate en la Comisión puso de manifiesto diferentes posiciones a este respecto. Algunos miembros sostuvieron que la cuestión no debía ser tratada en el Código sino que debía dejarse su solución al derecho interno. Otros recordaron que la falta de una disposición sobre esta materia en el proyecto de código de 1954 había sido considerada como uno de los principales defectos de ese proyecto e insistieron, por consiguiente, en que se abordase la cuestión de las penas. Entre éstos, unos eran partidarios de incluir una escala de penas que fuese aplicable a todos los crímenes, mientras que otros se inclinaban por acompañar a la definición de cada crimen una indicación de la pena correspondiente. La Comisión no ha tratado por ahora de conciliar esas opiniones divergentes sino que se ha limitado a señalar el problema incluyendo entre corchetes en cada artículo la preposición "a" seguida de tres puntos suspensivos. De ese modo quedan a salvo todas las posiciones y la Comisión podrá, en segunda lectura, abordar esta cuestión (incluida la relativa a las penas que hayan de aplicarse por complicidad, conspiración y tentativa) con pleno conocimiento de los diversos planteamientos posibles.

... 335/

Artículo 19

Genocidio

1. El que ejecute un acto de genocidio, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. Se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) la matanza de miembros del grupo;

335/ El comentario al artículo 15 figura en Anuario ... 1988, vol. II (Segunda parte), cap. IV, sec. C.2; los comentarios a los artículos 16, 17 y 18 figuran en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), cap. III, sec. C.2; los comentarios a los artículos 23, 24 y 25 figuran en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (ibid., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), cap. II, sec. D.2.

b) la lesión grave a la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo;

c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Comentario

1) La extrema gravedad del crimen de genocidio y el hecho de que la Asamblea General, ya en 1948, le hubiera dedicado una convención internacional encaminada a su prevención y sanción, de una parte, han hecho indispensable incluir este crimen en el proyecto de código y, de otra parte, han facilitado la tarea de la Comisión en esta materia. La definición del crimen de genocidio contenida en este artículo está, por tanto, totalmente basada en la del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, Convención que ha sido ampliamente aceptada por la comunidad internacional y que ha sido ratificada por la inmensa mayoría de los Estados.

2) A diferencia del párrafo 10) del artículo 2 del proyecto de código de 1954 que, por medio de la palabra "inclusive", había dado a la lista de los actos constitutivos de genocidio un carácter enunciativo más que exhaustivo, la Comisión, en este caso, ha creído conveniente atenerse a los términos del artículo 2 de la Convención, que hace una enumeración exhaustiva de esos actos. La naturaleza penal del proyecto de código, el principio nullum crimen sine lege y la necesidad de no apartarse de un texto ampliamente aceptado por la comunidad internacional han hecho que la Comisión se incline por esta solución.

3) El crimen se compone de dos elementos:

a) La ejecución de uno o varios de los actos enumerados en el artículo;

b) La intención de destruir, en todo o en parte, uno de los grupos protegidos por el artículo.

4) De los trabajos preparatorios de la Convención se desprende claramente que la destrucción de que se trata es la destrucción material de un grupo, por medios físicos o biológicos, y no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo determinado.

El elemento nacional o religioso y el elemento racial o étnico no se toman en consideración en la definición de la palabra "destrucción". Esta palabra debe entenderse sólo en su sentido material, en su sentido físico o biológico. Es cierto que el proyecto de convención de 1947, preparado por el Secretario General, así como el proyecto de 1948, elaborado por el Comité Especial del Genocidio, contenían disposiciones relativas al "genocidio cultural" y que abarcaban todos los actos intencionales cometidos con el propósito de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo, tales como la prohibición de emplear el idioma del grupo en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir y de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo o la destrucción de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares de culto u otras instituciones u objetos culturales del grupo o la prohibición de utilizarlos. Pero el texto de la Convención, tal como salió de la Sexta Comisión y fue aprobado por la Asamblea General, eliminó la noción de "genocidio cultural" prevista en los dos proyectos y se limitó a enumerar los actos comprendidos dentro de la categoría de genocidio "físico" o "biológico". Los tres primeros apartados del párrafo 2 del proyecto de artículo enumeran los actos de "genocidio físico" en tanto que los dos últimos enumeran los actos de "genocidio biológico".

5) Se propuso que se incluyera la deportación en el apartado c) del párrafo 2, pero la Comisión opinó que dicho apartado abarcaba la deportación cuando ésta se llevaba a cabo con intención de destruir total o parcialmente el grupo.

6) Del proyecto de artículo se desprende claramente que no es necesario alcanzar el resultado final de la destrucción del grupo para que se cometa el crimen de genocidio. Basta con haber ejecutado algunos de los actos enumerados en el artículo con el propósito manifiesto de llegar a la destrucción total o parcial de un grupo protegido.

7) Aunque no están comprendidos en la definición de genocidio, varios de los actos enumerados en el párrafo 4) del presente comentario podrían, si se cometen de manera sistemática o masiva, constituir el crimen penado por el artículo 21 del proyecto de código que versa sobre las "violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos".

8) Un miembro de la Comisión opinó que el traslado forzoso mencionado en el apartado e) del párrafo 2 del artículo no debía limitarse solamente a los niños, sino aplicarse también a los adultos.

Artículo 20

Apartheid

1. El que en calidad de dirigente o de organizador cometa el crimen de apartheid, u ordene que sea cometido, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. El apartheid consiste en cualquiera de los actos siguientes perpetrados en aplicación de políticas y prácticas de segregación y discriminación raciales con el fin de instituir o mantener la dominación de un grupo racial sobre cualquier otro grupo racial y de oprimirlo sistemáticamente:

a) la denegación a uno o más miembros de un grupo racial del derecho a la vida y a la libertad de la persona;

b) la imposición deliberada a un grupo racial de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir que un grupo racial participe en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo;

d) cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, en particular mediante la creación de reservas y guetos separados para los miembros de un grupo racial, la prohibición de los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales o la expropiación de los bienes raíces pertenecientes a un grupo racial o a los miembros de éste;

e) la explotación del trabajo de los miembros de un grupo racial, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) la persecución de las organizaciones y las personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

Comentario

1) El apartheid, forma institucionalizada de la discriminación racial, que tiende a perpetuar la dominación y la opresión de un grupo racial es rechazado tan profundamente por la conciencia universal de nuestros días que no era concebible que la Comisión lo excluyera de un código que reprime y castiga los crímenes más abominables y que ponen en peligro la paz y la seguridad de la humanidad. Conviene recordar a este respecto que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa

humanidad, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, había asimilado a los crímenes contra la humanidad y, por consiguiente, considerado imprescriptibles "los actos inhumanos debidos a la política de apartheid".

2) La definición del crimen de apartheid contenida en el presente proyecto de artículos se inspira en la letra y el espíritu de la definición del artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, aprobada por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Sin embargo, la Comisión ha considerado que era más propio de un texto de derecho penal no incluir ejemplos en el cuerpo del propio texto y limitar la definición a la descripción de las conductas incriminadas. Por tanto, esos ejemplos se han retirado de la definición por motivos puramente técnicos sin menoscabar en absoluto su posible incriminación o la de otros ejemplos posibles que un tribunal podría considerar que reúnen todas las características de una de las conductas prohibidas por este artículo.

3) La Comisión ha limitado el ámbito del artículo en lo que concierne a los autores del crimen o los dirigentes u organizadores, como lo hizo también en el caso de otros crímenes como la agresión o la intervención. De ese modo ha tratado de limitar la responsabilidad criminal a los que están en condiciones de utilizar los mecanismos del Estado para proyectar, organizar o ejecutar el crimen.

4) La Comisión no ha querido limitar el alcance de la definición del artículo mediante referencias al Africa meridional, como sucedía con el artículo II de la Convención de 1973 que contiene tal referencia. Independientemente de que esas prácticas puedan un día desaparecer totalmente de esa región del mundo, la Comisión ha estimado que un crimen tan universalmente condenado como el apartheid debía definirse de forma tal que su definición fuera aplicable sin limitaciones de tiempo o de espacio.

5) En cuanto a la fórmula "uno o más grupos raciales", que se emplea repetidamente en la definición del crimen contenida en la Convención de 1973, la Comisión ha pensado que la referencia a "un grupo racial" era suficiente para abarcar varios grupos, por lo que ha modificado aquella fórmula.

Artículo 21

Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos

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

- asesinato;

- tortura;

- establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso;

- persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; o

- deportación o traslado forzoso de poblaciones,

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

Comentario

1) El párrafo 11) del artículo 2 del proyecto de código de 1954 incluía entre los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad "[l]os actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la *deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos* sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia". Al reexaminar esta disposición, que no era exhaustiva en el proyecto de 1954, la Comisión ha considerado necesario, manteniendo la mayor parte de los crímenes que comprende, proceder a una actualización de forma y de fondo que tenga en cuenta la evolución del derecho internacional en los últimos decenios.

2) En primer lugar, la Comisión ha observado que el elemento común de todos los hechos constitutivos de crímenes en virtud de este artículo era la *violación grave de ciertos derechos humanos fundamentales.* A la luz de esta idea y habida cuenta del considerable desarrollo que la protección de los derechos humanos ha experimentado desde el proyecto de 1954, tanto en lo relativo a la elaboración de instrumentos internacionales en la materia como en lo relativo a los órganos encargados de su aplicación, o a la toma de conciencia universal de la imperiosa necesidad de proteger esos derechos, la Comisión ha considerado útil destacar en el propio proyecto de artículo, así como en su título, este elemento común antes mencionado.

3) Por otra parte, dado el carácter de extrema gravedad que deben revestir los hechos incluidos en el proyecto de código, el artículo aprobado por la Comisión sólo tipifica como crímenes las violaciones de los derechos humanos de carácter sistemático o masivo. Por carácter sistemático se entiende una práctica de carácter constante o un propósito metódico de cometer esas violaciones. El carácter masivo hace referencia al número de personas afectadas por las violaciones o a la entidad que ha sido alcanzada. Basta con que esté presente uno de esos caracteres, el sistemático o el masivo, en cualquiera de los actos enumerados en el artículo para que exista la infracción. En cambio, los actos aislados de asesinato o de tortura, etc., que no revistan carácter sistemático o masivo, por condenables que sean como violaciones de los derechos humanos, no caen dentro del ámbito del proyecto de código. Por consiguiente, hay que leer cada uno de los apartados relativos a los hechos criminosos juntamente con la cláusula de encabezamiento del artículo, según la cual sólo son punibles como crímenes si constituyen una violación sistemática o masiva de los derechos humanos.

4) Además, y en comparación con el proyecto de código de 1954, la Comisión ha ampliado la lista de hechos mediante la inclusión de la tortura, y ha destacado algunos otros, como la deportación o el traslado forzoso de poblaciones. Sin embargo, teniendo presente el carácter penal del proyecto de código y el principio nullum crimen sine lege, la Comisión ha considerado necesario hacer una enumeración exhaustiva de los hechos, a diferencia del proyecto de código de 1954.

5) Importa destacar que el artículo no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado. Si bien es cierto que éstos, a causa de su posición oficial, tienen realmente amplia oportunidad de cometer los crímenes penados por el artículo, no es menos cierto que el artículo no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere este artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código.

6) Por lo que se refiere al asesinato no es necesario extenderse en el análisis dado que este crimen está incluido en todos los códigos penales de derecho interno en todo el mundo. A este respecto hay que señalar, sin embargo, que la Comisión no ha incluido en su proyecto de artículo el concepto de exterminio, enunciado en la disposición correspondiente del proyecto de código de 1954. Consideró que el exterminio, en los casos en que no fuera una forma de genocidio, constituiría una forma de asesinato masivo y, por tanto, ya quedaría comprendido en el ámbito del artículo.

7) En cuanto a la tortura, este crimen no figuraba en el proyecto de código de 1954. La Comisión ha estimado que el carácter particularmente odioso de este crimen, así como las manifestaciones necesariamente frecuentes que la realidad internacional ha deparado en el curso de los últimos decenios, justificaban plenamente la inclusión de la tortura entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuando era practicada de forma sistemática o masiva. En cuanto a su definición, el crimen de tortura ya ha sido objeto de una Declaración de la Asamblea General sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975), así como de una Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que la Asamblea General aprobó en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y que entró en vigor el 26 de junio de 1987. Un miembro de la Comisión estaba de acuerdo con la definición que daba de ese crimen dicha Convención, pero estimó que no había que señalar como autores posibles del crimen solamente a los funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas. En su opinión, grupos de particulares podían también ser autores de ese crimen.

8) Otra violación de los derechos humanos sobre la que versa el artículo es el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. En cuanto a la definición de estos crímenes, la Comisión estimó que, dado que existían convenciones específicas relativas a estas materias, bastaba con que el artículo enumerase los crímenes, dejando al comentario correspondiente la tarea de mencionar los principios de derecho internacional en que se basaban esas convenciones. Así, la esclavitud se define en la Convención sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926, y en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de

esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956. En esta última convención se define también la servidumbre. Tanto la esclavitud como la servidumbre también se prohíben por el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Este último artículo prohíbe también el trabajo forzoso, concepto que el artículo precisa, y que es también objeto de algunas convenciones tales como la Convención N° 29, aprobada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930, y la Convención N° 105 relativa a la abolición del trabajo forzoso, aprobada por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1957. No obstante, hay que señalar que a diferencia de algunas de las convenciones mencionadas, y del proyecto de código de 1954, el artículo tipifica como crimen no sólo el hecho de establecer o mantener a personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, sino también el hecho de mantenerlas en ese estado en el supuesto de que se encontraran ya en él al entrar el código en vigor.

9) La persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, crimen ya penado por el proyecto de código de 1954, se refiere a violaciones de los derechos humanos distintas de las comprendidas en los párrafos precedentes cometidas de forma sistemática o masiva por funcionarios del Estado o por grupos que ejercen un poder de hecho sobre un territorio determinado con objeto de someter a individuos o grupos de individuos a una forma de vida en la que se les niegue de forma repetida o permanente el goce de algunos de sus derechos fundamentales. La persecución puede adoptar múltiples formas. Por ejemplo, la prohibición de la práctica de determinados cultos religiosos; la detención prolongada y sistemática de individuos que representen un grupo político, religioso o cultural; la prohibición de usar un idioma nacional, incluso en privado; la destrucción sistemática de monumentos o edificios representativos de un grupo social, religioso, cultural, etc. Tales actos pueden caer dentro del ámbito del artículo cuando son ejecutados de manera sistemática o masiva. Algunos miembros de la Comisión estimaron que a falta de una definición universalmente aceptable de la persecución, no era deseable incluir ésta en el proyecto de código.

10) Se indicó en la Comisión que la práctica de las desapariciones sistemáticas de personas era un fenómeno que merecía ser mencionado explícitamente en el proyecto de código.

11) La deportación o el traslado forzoso de poblaciones figuran en un apartado separado porque este crimen es de por sí necesariamente de carácter masivo. La Comisión estimó que un crimen de esta naturaleza podía cometerse no sólo en tiempo de conflicto armado sino también en tiempo de paz, lo que justificaba su inclusión en el artículo. La deportación, que ya figuraba en el proyecto de código de 1954, supone la expulsión del territorio nacional, en tanto que el traslado forzoso de población puede producirse enteramente dentro de las fronteras de un solo Estado. Se señaló en la Comisión que en este caso la finalidad era esencial para la definición del crimen. Los traslados de población a que se refería el artículo eran los destinados, por ejemplo, a modificar por razones políticas, raciales, religiosas o de otro tipo la composición demográfica de un territorio, o los efectuados para desarraigar a un pueblo de sus tierras ancestrales. Un miembro de la Comisión opinó que este crimen también podía caer dentro del ámbito del genocidio.

Artículo 22

Crímenes de guerra excepcionalmente graves

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

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

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

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

c) el empleo de armas ilícitas;

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

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

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

Comentario

1) Este artículo representa una transacción entre dos tendencias que se manifestaron en la Comisión: la que habría deseado una definición general de los crímenes de guerra que no fuera acompañada de una lista detallada de crímenes y de una enumeración de las categorías de éstos, y la tendencia que, sin perjuicio de una definición general, era partidaria de incluir una lista tan detallada como fuera posible de todos los crímenes de guerra penados por el artículo. Así pues, la Comisión ha optado por una solución intermedia que, en la cláusula de encabezamiento del párrafo 2, enuncia una definición general de los crímenes de guerra penados por el proyecto de código, definición que va seguida de una enumeración exhaustiva de las categorías de crímenes de guerra de que se trata.

2) Conviene subrayar que los crímenes de guerra de que trata el artículo no son todos crímenes de guerra en el sentido tradicional del término, ni tampoco infracciones graves de la índole a que se refieren los correspondientes artículos comunes a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; artículo 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; artículo 130 del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y artículo 147 del Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) o infracciones graves como las definidas en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (art. 85). Fiel al criterio de que el proyecto de código debe referirse solamente a los crímenes más graves entre los más graves, la Comisión ha seleccionado, atendiendo al criterio de la gravedad excepcional, las violaciones del derecho internacional aplicable en los conflictos armados que debían ser tipificadas como crímenes en un código de esta naturaleza. Por lo tanto, el que un determinado crimen de guerra en el sentido tradicional del derecho humanitario o una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional no estén penados por este artículo como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no afecta para nada al

hecho de que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional aplicable en los conflictos armados. Como se desprende claramente de las palabras iniciales del párrafo 2, el concepto de crimen de guerra enunciado en el artículo sólo es válido a los efectos del presente Código.

3) Para que haya crimen de guerra en el sentido de este artículo es preciso: a) que el hecho que constituya el crimen corresponda a alguna de las seis categorías a que se refieren los apartados a) a f) del párrafo 2; b) que el hecho sea una violación de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados; c) que la violación sea excepcionalmente grave. La combinación de estos tres elementos es lo que convierte un acto o una omisión en un crimen de guerra a los efectos del proyecto de código.

4) La expresión "violación de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados" es una forma más abreviada de la definición contenida en el apartado b) del artículo 2 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Por lo demás, las palabras "conflicto armado" abarcan no sólo los conflictos armados internacionales en el sentido del párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, sino también los conflictos armados no internacionales a que se refiere el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

5) Las palabras "violación excepcionalmente grave", que figuran en la cláusula de encabezamiento del párrafo 2, y las seis categorías indicadas en los apartados a) a f) del párrafo señalan, como ya se ha indicado antes, el carácter específico de los crímenes de guerra a que se refiere el proyecto de código. La gravedad de la violación se determina en gran medida por la gravedad de los efectos que produce. Las seis categorías tienen carácter exhaustivo aun cuando corresponda al Tribunal determinar o apreciar si determinados actos u omisiones reúnen los caracteres de gravedad excepcional previstos para cada categoría. Esto abre también cierta posibilidad de desarrollo progresivo del derecho internacional aplicable en los conflictos armados. Por ejemplo, la categoría relativa al empleo de armas ilícitas permite tener en cuenta nuevas prohibiciones de determinadas armas, prohibiciones que podrían establecerse en el futuro.

6) El apartado a) contiene precisiones relativas a los actos de que se trata. Esas precisiones se refieren a la naturaleza de los actos o a la manera en que se ejecutan, así como a los bienes jurídicamente protegidos por

el apartado. Se trata de actos de inhumanidad, crueldad o barbarie dirigidos contra la vida, la dignidad o la salud física o mental de las personas. La palabra "actos" comprende tanto las acciones como las omisiones. Así, por ejemplo, en este párrafo estaría incluida ciertamente la omisión de proporcionar alimento a un prisionero, si tal omisión acarrease su muerte. La palabra "personas" debe entenderse en su sentido individual o colectivo. Así, puede tratarse de actos de inhumanidad, crueldad o barbarie dirigidos sistemáticamente contra una persona o contra un grupo de personas. El apartado enumera entre paréntesis varios ejemplos de actos que incontestablemente corresponden a la definición general del apartado. Algunos miembros opinaban que era útil indicar en el texto mismo del apartado algunos ejemplos de los actos a que se refiere. Se expresó el parecer de que tal inclusión no estaba justificada dado el carácter no exhaustivo y discutible de los ejemplos proporcionados.

7) El apartado b) tipifica como crimen la instalación de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado. Varias razones han empujado a la Comisión a incluir estos actos en el artículo. La instalación de colonos en un territorio ocupado constituye un abuso de poder particularmente grave, tanto más cuanto que tal acto puede comportar la intención disimulada de anexionar el territorio ocupado. Por otra parte, la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado le ha parecido a la Comisión que era de una gravedad que hacía recordar a la del *genocidio*.

8) El apartado c) del párrafo 2 versa sobre otra categoría de los crímenes de guerra excepcionalmente graves a que se refiere el artículo, a saber: el empleo de armas ilícitas. Este principio tiene ya una larga historia: la Declaración de San Petersburgo de 1868 por la que se prohibía el empleo en tiempo de guerra de proyectiles explosivos o inflamables de menos de 400 gramos; las Declaraciones de La Haya de 1899 por las que se prohibían las balas dum-dum, el lanzamiento de proyectiles y explosivos desde globos, y el empleo de proyectiles que propagaran gases asfixiantes o deletéreos, la última de las cuales fue sustituida por el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos 336/ y la Convención sobre la

---

336/ Société des Nations, Recueil des Traités, vol. XCIV, pág. 65.

prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción 337/; y los artículos 22 y 23 del Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre anexo al Convenio de La Haya de 1907. Dichos artículos, entre otras cosas, prohibían el empleo de veneno y de armas envenenadas así como el empleo de armas, proyectiles o materias que pudieran causar males superfluos.
En términos generales, ha habido cierto desarrollo progresivo a este respecto que desembocó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados. En esa Conferencia, que se celebró en Ginebra en septiembre de 1979 y en septiembre y octubre de 1980, se adoptaron por consenso los instrumentos siguientes: la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados; el Protocolo sobre Fragmentos no Localizables (Protocolo I); el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II); el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III).

9) El texto del apartado d), relativo a la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, está tomado textualmente del párrafo 3 del artículo 35 y el artículo 55 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Por lo que atañe a la definición del concepto de medio ambiente natural y la de bienes protegidos que dimana de este concepto, se hace remisión al comentario del artículo 26 del proyecto de código, relativo a los daños intencionales y graves al medio ambiente. Hay que señalar que, además de las mencionadas disposiciones del Protocolo I, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1976, prohíbe utilizar con fines militares u otros fines hostiles las técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a una parte en el conflicto. Esta Convención se refiere a técnicas tales como las modificaciones de las

---

337/ Resolución 2826 (XXVI) de la Asamblea General.

condiciones atmosféricas (nubes, precipitaciones, ciclones y tornados), las modificaciones de las condiciones climáticas, de las corrientes oceánicas, del estado de la capa de ozono y de la ionosfera, el desencadenamiento artificial de temblores de tierra y de tsunamis y las perturbaciones del equilibrio ecológico de una región. En el apartado se habla de daños extensos, duraderos y graves. Para interpretar esta expresión, se hace remisión al comentario del artículo 26, relativo a los daños intencionales y graves al medio ambiente. Además, hay que señalar que, según este apartado, constituye un crimen no sólo la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar los daños mencionados anteriormente, sino también la de aquellos de los que sea dado prever que causen esos daños. Esta última expresión abarca los casos en que la destrucción del medio ambiente natural no constituía el objetivo primordial de la persona que utilizaba esos medios o métodos de guerra, pero en que ésta, aun conociendo las consecuencias catastróficas que tales medios o métodos podían tener sobre el medio ambiente, decidía emplearlos. Un miembro expresó formalmente una reserva con respecto al apartado d).

10) El apartado e) versa sobre "la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil". Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I enuncian el principio de la protección de los bienes civiles en caso de conflicto armado. Así, el artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra considera una infracción grave de la Convención "la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario". Análogamente, el artículo 85 del Protocolo I considera una infracción grave del Protocolo el hecho de "lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii)" del Protocolo, cuando ese ataque se cometa intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del Protocolo y cause la muerte o atente gravemente a la integridad física o a la salud. A este respecto, el inciso iii) del apartado a) del artículo 57 del Protocolo impone a las partes en un conflicto el deber de "abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa

prevista". Así pues, el apartado e) tiene que interpretarse a la luz de las disposiciones antes citadas, teniendo en cuenta la cláusula de encabezamiento del párrafo 2, según la cual una "violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados", es un crimen, y teniendo presente la expresión "en gran escala", que se refiere a la extensión y magnitud de la destrucción sobre la que versa el apartado d).

11) El apartado f) versa sobre el ataque deliberado contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural. A este respecto, son válidas las observaciones hechas con respecto al apartado precedente, a saber, que hay que interpretarlo a la luz de la cláusula de encabezamiento del párrafo 2 y de las normas pertinentes del derecho internacional aplicable en los conflictos armados. Conviene señalar a este respecto el artículo 53 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra que prohíbe cometer "actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos"; utilizar "tales bienes en apoyo del esfuerzo militar"; y hacer "objeto de represalias a tales bienes". De la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se ocupa también la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954. Además, el Protocolo I considera infracción grave el hecho de dirigir un ataque contra los bienes mencionados en el artículo 53, claramente reconocidos como tales y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la parte adversa de la prohibición de utilizar tales bienes en apoyo de su esfuerzo militar, y cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares (art. 85, 4) d)). El apartado f) de este artículo destaca dos elementos de la definición del crimen: el carácter deliberado del ataque, es decir un ataque cometido con el objetivo concreto y específico de causar daños a los bienes, y el valor excepcional de éstos.

Artículo 26

Daños intencionales y graves al medio ambiente

> El que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a ...].

Comentario

1) La preocupación de la Comisión por los atentados contra el medio ambiente ya se había reflejado al aprobar en primera lectura el artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Según el apartado d) del párrafo 3 de ese artículo, "la salvaguardia y la protección del medio humano" se considera ya uno de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, y la violación de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano ha sido definida como un crimen internacional 338/. Al examinar el proyecto de código, la Comisión estimó además que la protección del medio ambiente tenía tal importancia que determinados atentados de particular gravedad contra este interés fundamental de la humanidad debían caer también dentro del ámbito del código y que sus autores debían incurrir en responsabilidad penal internacional.

2) El artículo 26 tiene como fuente directa el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de esta disposición, la aplicación del artículo 26 no se limita a los conflictos armados como sucede con el artículo 55 del Protocolo.

3) El artículo 26 se aplica cuando se reúnen tres elementos. Primero, es preciso que se trate de un atentado contra el "medio ambiente natural"; segundo, es preciso que se trate de "daños extensos, duraderos y graves"; y por último, es preciso que esos daños se causen "intencionalmente".

4) Las palabras "medio ambiente natural" deben entenderse en sentido amplio como medio del hombre, en el que éste se desenvuelve, y los espacios cuya preservación tiene una importancia fundamental para la protección de ese medio. Por tanto, esas palabras abarcan los mares, la atmósfera, el clima, los bosques y otras coberturas vegetales, la fauna, la flora y otros elementos biológicos. En este contexto conviene recordar que el artículo 2 de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1976, define la expresión "técnicas de modificación

---

338/ Véase Anuario... 1976, vol. II (Segunda parte), documento A/31/10, texto del artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura.

ambiental" como "todas las técnicas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre".

5) La expresión "daños extensos, duraderos y graves" constituye una aplicación particular al crimen contra el medio ambiente del criterio general de gravedad adoptado para todos los crímenes incluidos en el proyecto de código. En este caso particular la gravedad viene determinada por tres factores acumulativos: la magnitud o intensidad de los daños, su persistencia en el tiempo, y la extensión de la zona geográfica afectada por ellos. En la Comisión se explicó que la expresión inglesa "long-term" debía entenderse referida al carácter duradero de los efectos y no a la posibilidad de que los daños ocurrieran mucho tiempo después. Algunos miembros señalaron que la palabra "duraderos" podía tener como consecuencia atrasar los procesos penales, ya que implicaba que la duración se comprobase antes de ejercitar la acción penal. Otros miembros opinaron que el carácter duradero de los efectos podía apreciarse razonablemente desde el momento en que se produjera el daño.

6) El último elemento esencial de la definición del crimen lo aporta el adverbio "intencionalmente", que se refiere a la finalidad expresa o al propósito específico de causar el daño. Esto excluye del ámbito del artículo, no sólo los casos de daños causados por negligencia, sino también los causados por la violación deliberada de los reglamentos que prohíben o limitan el uso de determinadas sustancias o técnicas, si la finalidad expresa o el propósito específico no era causar un daño al medio ambiente. Algunos miembros de la Comisión consideraron muy criticable esta solución. A su juicio, si la violación deliberada de ciertos reglamentos relativos a la protección del medio ambiente, por ejemplo por afán de lucro, ocasionaba daños extensos, duraderos y graves, ello constituiría un crimen contra la humanidad independientemente de que la finalidad hubiera sido o no causar un daño al medio ambiente.

En opinión de esos miembros, el artículo 26 está en contradicción con el artículo 22, sobre los crímenes de guerra, que trata igualmente, en el apartado d) de su párrafo 2, de la protección del medio ambiente. Según el artículo 22 es un crimen no sólo la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar daños, sino también la de aquellos de los que sea dado prever que causen daños, aun cuando el propósito al utilizar esos métodos o medios no haya sido causar daños al medio ambiente.

Capítulo V

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

177. La Comisión, en su 30° período de sesiones, en 1978, incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y nombró Relator Especial del tema al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter 339/.

178. La Comisión recibió y examinó, entre su 32° período de sesiones, en 1980, y su 36° período de sesiones, en 1984, cinco informes del Relator Especial 340/. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34° período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36° período de sesiones, en 1984. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

179. La Comisión, en su 36° período de sesiones, en 1984, dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos

---

339/ En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema y presentara un informe al respeto. Véase el informe del Grupo de Trabajo en Anuario... 1978, vol. II (Segunda parte), págs. 147 a 149.

340/ Los cinco informes del Relator Especial figuran reproducidos en: Anuario... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2; Anuario... 1981, vol. II (Primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2; Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360; Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373; Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos 341/, y un estudio preparado por la Secretaría titulado "Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" 342/.

180. La Comisión, en su 37° período de sesiones, en 1985, nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre 1985 y 1990, seis informes del Relator Especial 343/. En su 40° período de sesiones, en 1988, la Comisión remitió al Comité de Redacción los artículos 1 a 10 propuestos por el Relator Especial para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios) 344/. En 1989, la Comisión remitió también al Comité de Redacción la versión revisada de esos artículos que habían sido ya remitidos al Comité de Redacción en el anterior período de sesiones 345/.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

181. En el actual período de sesiones, la Comisión examinó el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/437 y Corr.1) en sus sesiones 2221a. a 2228a.

341/ Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

342/ Anuario... 1985, vol. II (Primera parte) (Adición), documento A/CN.4/384.

343/ Los seis informes del Relator Especial han sido publicados en: Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), pág. 101, documento A/CN.4/394, Anuario... 1986, vol. II (Primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402, y Anuario... 1987, vol. II (Primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405; y, como documento A/CN.4/413 y Corr. 1 (en inglés solamente) y Corr.2 (en francés solamente), documento A/CN.4/423 y Corr.1 y 2, y documento A/CN.4/428 y Corr.1, Corr.2 (en inglés solamente), Corr.3 (en español solamente) y Add.1.

344/ El texto de esos artículos figura en Anuario... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 11.

345/ Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), pág. 226, párr. 311. Posteriormente, el Relator Especial propuso en su sexto informe nuevos cambios en esos artículos; véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones ibid., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10, (A/45/10), párr. 471.

182. El Relator Especial había preparado su séptimo informe teniendo en cuenta que este período de sesiones de la Comisión constituía el final del quinquenio y que, debido a otras prioridades, el Comité de Redacción no había tenido tiempo de examinar ninguno de los artículos que le había remitido la Comisión desde 1988. Por otra parte, la posición de la Comisión sobre algunas cuestiones importantes que constituían la base de este tema no estaba enteramente clara. Por eso el séptimo informe se había concebido como una reevaluación del examen del tema en la Comisión, que ofreciera a los miembros de ésta la oportunidad de reconsiderar sus posiciones y sus opiniones acerca de los distintos aspectos del tema, así como en lo concerniente a la orientación que debía dársele en el futuro. No se trataba con el séptimo informe de reabrir el debate general, sino más bien de evaluar y de resumir la situación. El informe, aunque refiriéndose a los artículos hasta el momento propuestos por el Relator Especial, artículos que en él se utilizaban para presentar diversas soluciones y enfoques, no pretendía centrar el debate en los artículos mismos, sino fomentar por el contrario, el debate en torno a cuestiones concretas. Así lo puso claramente de relieve el Relator Especial en su presentación verbal del informe, en la que invitó a los miembros de la Comisión a que, utilizando como base su informe, trataran de las siguientes cuestiones: el título del tema, la naturaleza del instrumento, el ámbito del tema, los principios importantes para el tema, la prevención del daño transfronterizo, la responsabilidad por el daño transfronterizo y, finalmente, la cuestión de los daños que pudieran causarse a los espacios públicos internacionales (global commons). El hecho de que el debate de la Comisión se centrase efectivamente en las cuestiones indicadas por el Relator Especial hace que el informe de la Comisión sobre este capítulo se ajuste al mismo esquema.

1. Cuestiones generales

183. Durante el debate se plantearon diversas cuestiones de carácter general.

184. Se recordó, por ejemplo, que el tema figuraba desde 1978 en el programa de trabajo de la Comisión y que los progresos desde entonces realizados no parecían estar en armonía con el tiempo que ésta le había dedicado.

Se reconoció que el tema presentaba difíciles cuestiones de política general y que responder claramente a tales cuestiones era indispensable para realizar buenos progresos sobre el tema. Por ese motivo muchos miembros consideraron

útil plantear una vez más las cuestiones básicas del tema y explicar claramente su posición sobre esas cuestiones todavía pendientes, reevaluándolas a la luz de la reciente evolución del derecho internacional del medio ambiente, tanto dentro como fuera de la Comisión. A este respecto se advirtió que la Conferencia que se celebrará en el Brasil en 1992 representa una buena oportunidad para que la Comisión evalúe lo que se ha conseguido hasta ahora. Algunos miembros opinaron, sin embargo, que no iba a ser muy útil repasar la labor realizada por la Comisión sobre este tema y reabrir así el debate general, lo que, a su juicio, representaba un paso atrás. Lo que, según ellos, debía hacer la Comisión era adoptar una hipótesis de trabajo.

185. Se reconoció en general la importancia de este tema y la necesidad de acelerar los trabajos sobre el mismo, dándole prioridad. Y se advirtió que en otros órganos se estaban redactando diversos instrumentos sobre cuestiones ambientales que era posible que dejaran atrás los trabajos de la Comisión si en ésta no se hacían más rápidos progresos.

186. Algunos miembros opinaron que ya era hora de que el Comité de Redacción examinara los diez artículos que le había remitido la Comisión desde 1988. Había que tener en cuenta, en particular, que esos artículos trataban de principios y que su adopción proporcionaría una base firme para la consideración ulterior del tema. Destacaron que el hecho de que el Comité de Redacción no hubiera podido ocuparse de ninguno de esos artículos había privado al Relator Especial del fruto de sus debates, en especial sobre los conceptos básicos del tema.

187. Otros miembros opinaron de otro modo. A su juicio, antes de proceder a la aprobación de artículos, la Comisión debía llegar a un acuerdo sobre las premisas básicas del tema, así como sobre la orientación que en el futuro debía darse a éste. Les resultaba difícil entender cómo podía la Comisión emprender la redacción de un instrumento sin tener una idea firme sobre su contenido y su estructura. En este contexto, algunos miembros sostuvieron que, en el derecho sustantivo actual, no existían normas generales ni precisas sobre la responsabilidad en sentido estricto y la reparación, en particular, por el daño transfronterizo causado por actividades que entrañaban un riesgo de tales daños. En su opinión, era éste evidentemente un sector en el que la solución apropiada era el desarrollo progresivo.

188. Algunos miembros no compartían la opinión de que el tema de que se trataba fuera una rama enteramente nueva del derecho, una rama que hubiera surgido inesperadamente. Hacían notar a este respecto que eran ya varios los instrumentos jurídicos vigentes que, en esta esfera, trataban de muchas de las cuestiones que se estaban debatiendo en relación con el tema. Uno, en particular, dijo que había una amplia variedad de normas aplicables, no sólo en la jurisprudencia y el derecho convencional, sino también en el derecho consuetudinario. Mencionó, entre otras, algunas decisiones arbitrales, tales como las relativas a los asuntos relativos a la Fundición de Trail 346/ y el Lago Lanós 347/, y algunos tratados vigentes como la Convención sobre la Alta Mar de 1958, el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, de 1963, el Tratado sobre el espacio ultraterrestre, de 1967, el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972, la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, etc., calificándolos de precedentes útiles para el examen del tema por cuanto en ellos se trataba igualmente de algunas cuestiones ambientales. A su juicio, la tarea de la Comisión consistía principalmente, más que en inventar nuevas normas jurídicas, en seleccionar principios relativos al medio ambiente sobre la base del derecho internacional convencional y consuetudinario.

189. Se expresó también la opinión de que una forma de promover los progresos sobre este tema era distinguir entre los distintos sectores de su aplicación. Sólo de ese modo podía la Comisión esperar conseguir apoyo suficiente para el proyecto de artículos, ya que mientras los gobiernos no comprendieran plenamente el alcance de éste, se mostrarían renuentes a comprometerse.

190. Algunos miembros señalaron que, en el proyecto de artículos presentado por el Relator Especial, las relaciones jurídicas tenían carácter bilateral: el Estado afectado frente al Estado autor. Un miembro subrayó que en particular con respecto a los "espacios públicos internacionales" (global commons) este enfoque, aunque no falso en sí mismo, tenía que ser actualizado. En la mayoría de los sectores de la vida de hoy, las normas multilaterales internacionales acordadas se habían convertido en la piedra de

---

346/ Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, pág. 1905.

347/ Ibid., vol. XII, pág. 281.

toque fundamental para estimar la aceptabilidad de una actividad dada que pudiera resultar perjudicial. Así, gracias a la existencia de normas aplicables, muchos conflictos de intereses se resolvían en un marco multilateral. Y lo probable era que en años venideros se ampliase considerablemente la formulación de normas internacionales, tanto en lo concerniente a las prohibiciones como a la prevención. Era ésta una realidad que, aunque sólo pudiera hacerse referencia a normas establecidas por otros órganos, debía tomarse en consideración en el proyecto de artículos.

191. Algunos miembros hicieron notar que, al tratar de establecer los principios de la responsabilidad internacional, la Comisión no sólo tenía que tener en cuenta los precedentes y la doctrina contemporánea, sino también la posible evolución en el futuro, y fijar objetivos claros y realistas sobre lo que podría lograrse dentro de los próximos cinco años. La Comisión debía determinar asimismo claramente si lo que estaba tratando de establecer eran los principios de base de la responsabilidad o los del tema más concreto de la limitación de ésta. Con arreglo a esta opinión, la Comisión tendría que tratar de conseguir ambos objetivos, no simplemente el último.

192. Un miembro hizo referencia a nuevos estudios, entre ellos algunos de las Naciones Unidas, que ponían de relieve que actualmente eran objeto de producción comercial 80.000 compuestos de distintos tipos de sustancias químicas y que cada año aparecían en el mercado de 1.000 a 2.000 nuevos productos químicos. Los efectos de esta actividad industrial, tanto en la salud humana como en cuestiones de transporte, comercialización, utilización o eliminación de desechos, estaban siendo examinados por diversos órganos internacionales, y se habían elaborado ciertas convenciones y otros instrumentos para establecer en esta esfera un control del Estado, principalmente de carácter preventivo, o una cooperación internacional. Por eso había ya distintas convenciones y otros instrumentos que trataban de algunas de estas cuestiones concretas. Independientemente, sin embargo, de estos sectores específicos, no existían reglas precisas sobre las consecuencias de la violación de una norma o sobre las condiciones de la reparación a que tenían derecho las víctimas de los perjuicios causados por una actividad de riesgo. A este repecto se citaron unos cuantos ejemplos recientes de instrumentos que no contenían disposiciones sobre responsabilidad, como por ejemplo la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, la Convención sobre asistencia en caso

de accidente nuclear o emergencia radiológica, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1987, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, e incluso el proyecto de convenio preparado en 1991 por la Comisión Económica para Europa sobre las repercusiones transfronterizas de los accidentes industriales (documento ENVWA/WG.1/R.3). La labor de la Comisión sobre este tema podría, por lo tanto, colmar esa laguna.

193. Algunos miembros se refirieron a la situación especial de los países en desarrollo. A juicio de esos miembros, en relación con este tema habría que tomar en consideración las condiciones reales de dichos países y formular en consecuencia el proyecto de artículos. A este respecto, se hizo notar que el Relator Especial ya lo había tenido en cuenta en su estudio del tema y había propuesto, concretamente, los artículos 3 y 7, relativos a la asignación de obligaciones y la cooperación, respectivamente, en los que se tomaba en consideración la situación de los países en desarrollo. No obstante, los mismos miembros opinaban que las condiciones de esos países debían considerarse de modo más sistemático, ya que los países en desarrollo eran principalmente las víctimas de la moderna producción industrial. Muchas veces los explotadores de actividades de riesgo y de actividades que causaban daños transfronterizos eran empresas transnacionales de cuyas actividades muchos países en desarrollo no tenían ningún conocimiento técnico, ni disponían tampoco de recursos financieros para regularlas. Esto planteaba, no sólo el problema de la asistencia a los países en desarrollo, sino también la cuestión de la responsabilidad en caso de daño transfronterizo. Como Estados afectados, los países en desarrollo tropezaban además con muchos problemas tales como la falta de medios para vigilar y evaluar el perjuicio y la falta de recursos tecnológicos y financieros para reducirlo al mínimo en ciertos casos.

194. Refiriéndose también a las necesidades especiales de los países en desarrollo, un miembro destacó que muchos pueblos del mundo estaban obligados a pensar ante todo y principalmente en la satisfacción de sus necesidades básicas o la mejora de su nivel de vida, y en cómo resolver los problemas del crecimiento de su población y de la pobreza. Si, para obtener la asistencia técnica, científica y financiera de los países más adelantados, los países en

desarrollo, con tan poco que ofrecer a cambio, tenían a veces que pagar un precio en términos de soberanía nacional o de libertad política, económica o cultural, ¿era moral y equitativo aplicar a esos países los mismos criterios de responsabilidad? Ningún régimen podía ser considerado equitativo y basado en el sentido de la justicia si en él se hacía caso omiso de las disparidades de nivel de vida entre los distintos países y de las necesidades de desarrollo de la mayoría de los pueblos del mundo.

195. Algunos miembros manifestaron su preocupación ante el excesivo hincapié que pudiera hacerse, en relación con este tema, en la protección del medio ambiente. Uno de ellos declaró que estaba de acuerdo en que la responsabilidad de los Estados por actividades que no estuvieran prohibidas por el derecho internacional podía darse, en efecto, en caso de daños ocasionados al medio ambiente, y que él no trataba de restar importancia al problema. Creía, sin embargo, que la Comisión, con su conocida prudencia, debía abstenerse de seguir simplemente la moda, y no debía olvidar que esas actividades podían también ocasionar pérdidas humanas o económicas que el proyecto de artículos debía tener en cuenta. Le parecía desacertado que la Comisión se ocupara exclusivamente del problema del medio ambiente, por grave que éste fuera, por ser ésta actualmente la preocupación de algunos de sus miembros y de la comunidad internacional. Otro miembro opinó que cualquier norma dirigida a la protección del medio ambiente debía enunciarse en forma de norma prohibitiva y contener obligaciones positivas en materia de prevención, y que las normas de esta índole correspondían más exactamente al tema de la responsabilidad de los Estados que al presente tema.

196. El Relator Especial estaba de acuerdo con la opinión expresada en la Comisión según la cual se había llegado en ésta a un consenso general acerca de importantes aspectos del tema, sobre los que más tarde formularía sus observaciones, que constituían una base adecuada para la continuación de los trabajos. Con respecto a la labor futura de la Comisión, entendía en que había consenso en que en el próximo quinquenio se atribuyese un alto grado de prioridad al tema y en que el Comité de Redacción iniciase en el siguiente período de sesiones el examen de los diez primeros artículos que le habían sido remitidos.

197. El Relator Especial estaba totalmente de acuerdo en que durante todo el estudio del tema había que tener presente la situación de los países en desarrollo. Por último, se declaró de acuerdo con la opinión expresada en la Comisión según la cual en los últimos veinte años, durante los cuales se había desarrollado mucho el derecho ambiental, se habían formulado muchas normas destinadas más bien a regular actividades concretas, pero pocas de carácter general. Asimismo, no se había hecho gran cosa para elaborar normas generales sobre responsabilidad, aparte de la exhortación a los Estados contenida en el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo. Estaba firmemente persuadido de la necesidad de formular algunos principios generales, porque el ordenamiento jurídico internacional no podía dejar un vacío que revelaría una falta de solidaridad y pondría en tela de juicio la existencia misma de una comunidad internacional.

2. Cuestiones concretas

a) El título del tema

198. El Relator Especial mencionaba en su informe las dificultades que planteaba el título en español e inglés del tema, que se refería a "actos" ("acts") no prohibidos por el derecho internacional, mientras que en el título francés se hacía referencia a "activités" ("actividades"). A su juicio, y como había explicado en sus informes anteriores, el título en español e inglés parecía dar a la Comisión un mandato distinto y más reducido que en francés. Mientras el título en español e inglés parecía permitir únicamente el examen de la reparación o indemnización por las consecuencias perjudiciales, el título francés ampliaba notablemente el panorama. El Relator estimaba que si el tema trataba de "actos" y no de "actividades" la prevención no tendría cabida en él, porque la prevención se expresaba básicamente en prohibiciones y el tema trataba de "actos no prohibidos por el derecho internacional"; ello originaría una contradicción entre el contenido y el título del tema.

199. La mayoría de los miembros convinieron con el Relator Especial en que en el título del tema debía reemplazarse "actos" por "actividades", que parecía reflejar más exactamente la evolución del ámbito del tema. Aunque algunos de los miembros estimaban que la Comisión podía recomendar a la Asamblea General en su cuadragésimo sexto período de sesiones que modificase el título, algunos otros creían que esa modificación podía aplazarse hasta más adelante y que, entretanto, la Comisión podría proceder partiendo del supuesto de que las

versiones española e inglesa del título dirían "actividades", ajustándose así al francés. Se hizo notar que si se cambiaba "actos" por "actividades" habría que modificar también las versiones en otros idiomas. Algunos miembros consideraron que el título del tema, en general, era recargado, complejo y ambiguo y que debía ser simplificado mediante la debida calificación del término responsabilidad. Un miembro opinó que la modificación del título estaba estrechamente relacionada con el contenido del tema.

200. Algunos miembros expresaron la opinión de que la Comisión debía limitar el tema a los "actos", porque la incapacidad para distinguir entre actos y actividades había estado en el centro mismo de la confusión acerca de lo que constituía responsabilidad sine delicto. Además de tener en cuenta que este tema era una ramificación del tema de la responsabilidad de los Estados, en el que se usaba siempre la palabra "hecho" ("act") ilícito, sería lógico pasar en este tema de la esfera de los hechos ilícitos a la de los hechos lícitos. Pero hacer referencia ahora a actividades, incluidas las realizadas por entidades distintas del propio Estado, y no a actos del Estado parecía implicar un cambio de significado y una desviación del mandato de la Comisión.

201. Al recapitular el debate el Relator Especial llegó a la conclusión de que había acuerdo general en que se modificase el título del tema sustituyendo el término "actos" por "actividades".

b) La naturaleza del instrumento

202. El Relator Especial hizo referencia a la naturaleza del instrumento que se estaba preparando sobre este tema como una de las cuestiones sobre las cuales no había unanimidad en la Comisión. Algunos miembros opinaban que si la Comisión no se ocupaba de redactar normas para una convención que requería la aceptación de los Estados, podría quizá aceptar con más facilidad ciertas hipótesis y artículos. Otros preferían un instrumento de carácter obligatorio; una convención marco. Un miembro subrayó que lo que se necesitaba era una convención marco global, análoga al Tratado del espacio ultraterrestre, la Convención sobre Derechos Humanos y la parte XII de la Convención sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, estimaba que la decisión sobre esta cuestión podía aplazarse hasta una etapa ulterior, trabajando entretanto en la redacción de un proyecto de artículos coherente, razonable, práctico y políticamente aceptable.

203. El debate sostenido en la Comisión sobre esta cuestión se desarrolló en dos sentidos: una mayoría estaba de acuerdo con el Relator Especial en que la decisión final sobre la cuestión podía aplazarse hasta que se hubieran hecho más progresos sobre el tema. Otros deseaban que se tomase ya una decisión sobre la naturaleza del instrumento. Los que apoyaban el aplazamiento estimaban que era prematuro tomar una decisión definitiva sobre la cuestión en esta etapa inicial de los trabajos.

204. Se afirmó que cuando en una etapa ulterior la Comisión estuviese preparada para decidir sobre la naturaleza del instrumento, debía tener en cuenta que en el último decenio más o menos una serie de convenciones concertadas sobre la base de proyectos de la Comisión, por una u otra razón, no habían prosperado. Por consiguiente, en el futuro, la Comisión debía deliberar detenidamente antes de hacer recomendaciones sobre la forma definitiva que debían tomar los proyectos de artículos, en particular cuando el proyecto de artículos correspondía más a la esfera del desarrollo progresivo que a la de la mera codificación, como en el caso del presente tema. En ese contexto se señaló que la Comisión no debía tomar una decisión hasta haber recibido comentarios de los gobiernos con respecto a los artículos propuestos sobre el tema.

205. Se sugirió que la Comisión debía pensar quizá en la posibilidad de ser más modesta en sus ambiciones. Los artículos podían muy bien limitarse a la enunciación de principios o normas muy generales, formulando únicamente los elementos esenciales. No obstante, esos elementos esenciales debían expresarse en términos jurídicos que establecieran derechos y obligaciones.

206. Aun aceptando que la decisión sobre la naturaleza del instrumento debía diferirse, algunos miembros estimaron que la Comisión debía proponerse como objetivo una convención marco flexible que estableciera principios generales de responsabilidad, incluidas las circunstancias en que nacía esa responsabilidad; la función de la prevención y la debida diligencia; las exoneraciones de responsabilidad; los criterios de indemnización o reparación; la función de la equidad; la solución pacífica de las controversias; la función de las organizaciones internacionales y otros órganos; y el establecimiento por medio de la legislación nacional de normas mínimas efectivas y organismos de vigilancia.

207. Por otra parte, quienes deseaban una decisión inmediata sobre la naturaleza del instrumento estaban divididos: algunos de ellos eran partidarios de un modelo de convención marco y por consiguiente de un instrumento de carácter obligatorio. Hicieron referencia a la actual práctica de los Estados que tendía a regular diversas actividades específicas, más en particular mediante convenciones bilaterales o multilaterales obligatorias. En general estimaban que el proyecto de artículos debía ser de carácter subsidiario; debía ser modesto, dejando el establecimiento de regímenes específicos a acuerdos bilaterales u otros acuerdos multilaterales que por supuesto podían inspirarse en el presente proyecto.

208. Algunos otros miembros, si bien estaban de acuerdo en que la Comisión no debía demorar la decisión sobre la forma definitiva del instrumento que se preparaba, propusieron otra solución, distinta de una convención marco, para la totalidad del proyecto. A su juicio también, la labor futura sobre la formulación del proyecto dependería estrechamente de la naturaleza o el carácter del instrumento propuesto. Si se pretendía que el proyecto de artículos fuese jurídicamente obligatorio, al menos el núcleo de ese instrumento habría de redactarse de manera que reflejase la lex lata y fuese aceptable para la mayoría de los Estados. Si, por el contrario, había de tener carácter de recomendación, o adoptar la forma de un código de conducta, se podía llegar mucho más lejos en la formulación de normas y principios que serían nuevos en el derecho internacional actual. Sin embargo, la cuestión no tenía que resolverse de una manera uniforme; las diferentes secciones del proyecto de artículos podían formularse con distinta fuerza obligatoria. La Comisión podría pensar después en preparar dos instrumentos distintos: uno relativo a la responsabilidad y el otro a la prevención. El primero de estos instrumentos sería de carácter obligatorio y el segundo tomaría la forma de recomendaciones.

209. Un miembro formuló reservas con respecto al planteamiento de una convención marco. En su opinión, tal planteamiento daría lugar a un mosaico de normas que representaría la antítesis misma de la codificación. Lo que se necesitaba era una convención general que pudiera tomarse como punto de referencia o patrón para medir exactamente los derechos y obligaciones.

210. Un miembro, si bien estaba de acuerdo con la idea de tomar una decisión inmediata y de redactar dos instrumentos distintos, apoyaba, contrariamente a la anterior posición, una norma flexible sobre la responsabilidad y normas obligatorias sobre las obligaciones preventivas. A su juicio sería apropiado que la Comisión propusiera cláusulas tipo relativas a varios aspectos del tema, incluida la responsabilidad, que los Estados pudieran incorporar a sus tratados y su legislación interna. En opinión de este miembro, la cuestión tomaba un aspecto totalmente diferente con respecto a la obligación de vigilancia, combinada o no con el procedimiento de prevención previsto por el Relator Especial. En esta cuestión tendría sentido seguir adelante y formular artículos reales, con arreglo a las normas consuetudinarias, que pudieran convertirse en una convención.

211. Algunos miembros señalaron que no era posible trazar una distinción tajante entre el llamado "derecho en gestación" ("soft law") y las llamadas obligaciones "perfectas" ("hard law"). Un miembro rechazó también la anterior terminología con la que se pretendía distinguir entre normas primarias y normas secundarias.

212. Recapitulando el debate sobre este punto, el Relator Especial concluyó que la mayoría de los miembros estaban a favor de que se aplazara la decisión sobre la naturaleza del instrumento, aunque algunos preferían que la cuestión se resolviera ya. Por consiguiente, había que inferir que la cuestión de hacer una recomendación a la Asamblea General en cuanto a lo que debía hacerse con los artículos presentados había de abordarse al final de la labor sobre este tema, como se hacía usualmente.

c) El ámbito del tema

213. Por lo que respecta al ámbito del tema el Relator Especial se remitió a la propuesta que había hecho en períodos de sesiones anteriores en el sentido de que era apropiado en relación con este tema tratar de las actividades que entrañaban riesgo de causar daños transfronterizos y de las que causaban daños transfronterizos. Por actividades de riesgo entendía las que tenían una probabilidad superior a la normal de causar daños transfronterizos, por accidentes y por actividades que causaban daños transfronterizos (actividades de efectos nocivos) entendía las que causaban tal daño en el curso de su desarrollo normal.

214. En cuanto a la cuestión de si estos dos tipos de actividades debían tratarse por separado o conjuntamente, el Relator Especial estimaba que podían tratarse conjuntamente, en la inteligencia de que si al final de la labor este método resultaba inapropiado podrían separarse. Hizo referencia a la concepción original del tema que facilitaba el plan esquemático, relativo, entre otras cosas, a la cooperación, la no discriminación, la prevención y la reparación, medidas pertinentes a ambos tipos de actividades. A su modo de ver, en lo relativo a las medidas unilaterales de prevención, como la adopción de disposiciones legales y medidas administrativas, ambos tipos de actividades exigían deberes idénticos a los Estados. En cuanto a las medidas de procedimiento, podían aplicarse independientemente del tipo de actividad de que se tratara. Tales medidas incluían una evaluación del efecto transfronterizo de una actividad y la consulta si esa evaluación indicaba un posible efecto transfronterizo. El Relator Especial estimaba que en la Comisión y en la Sexta Comisión las opiniones estaban divididas pero que había una preferencia por la inclusión de ambos tipos de actividades. A su juicio, la Comisión debía examinar nuevamente la cuestión en el presente período de sesiones.

215. Muchos miembros de la Comisión estuvieron de acuerdo con la inclusión de las actividades que entrañaran el riesgo de causar daños transfronterizos y de las actividades que causaran daños transfronterizos. Estas dos actividades, a su juicio, no eran mutuamente excluyentes. Por el contrario las obligaciones de prevención guardaban relación con las actividades de riesgo y las de reparación afectaban a las actividades de efectos nocivos. Se hizo notar también que los conceptos de "riesgo" y "daño" eran suficientemente flexibles para abarcar cualquier régimen de reparación del daño transfronterizo.

A medida que avanzaran los trabajos sobre el tema, la Comisión debía considerar si los dos grupos de actividades eran lo suficientemente parecidos para someterlos a un mismo régimen jurídico o si las diferencias justificaban series de normas separadas. En su opinión había normas comunes a los dos tipos de actividad pero ello no excluía algunas normas específicas de cada uno de ellos. En otras palabras, debía haber un régimen básico común y probablemente sería necesario tener en cuenta más adelante cualesquiera características especiales relacionadas con actividades de riesgo o con actividades de efectos nocivos.

216. En cambio, algunos otros miembros estimaban que el futuro instrumento debía tratar fundamentalmente de la reparación. A su juicio, casi todas las actividades humanas implicaban un elemento de riesgo, lo cual significaba que a efectos del tema se habría de determinar un cierto umbral de riesgo. Además, el concepto de riesgo podía inducir a confusión en el contexto de la reparación pues podría considerarse equivocadamente como el fundamento de la obligación de prestar reparación o indemnizar. Se señaló también que la introducción del concepto de riesgo y la obligación correspondiente de prevención podía comenzar a invadir la esfera de la responsabilidad de los Estados, así como impedir que se pudiera mantener el tema dentro de unos cauces viables. Con arreglo a esta opinión, el tema se basaba en un principio fundamental de equidad: la víctima inocente no debía soportar sola su pérdida.

217. Expresando una opinión general similar a la indicada en el párrafo anterior, se recordó que el anterior Relator Especial, al introducir el concepto de prevención en su tercer informe 348/, explicó que al establecer un régimen de prevención toda pérdida o daño era eventual, y al establecer un régimen de reparación, toda pérdida o daño era real. A este respecto se hicieron dos propuestas relativas respectivamente al daño o riesgo eventual y al daño real. Con arreglo a la propuesta relativa al daño eventual, cuando las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado pareciesen implicar un riesgo importante de causar daños transfronterizos físicos sustanciales, debía exigirse a ese Estado que: 1) evaluase el riesgo y el daño; 2) tomase todas las posibles medidas a su alcance para eliminar o reducir al mínimo el riesgo y la extensión del daño previsible; 3) facilitase información a los Estados potencialmente afectados y, de ser necesario, entablase consultas con ellos con miras a establecer una cooperación para la adopción de nuevas medidas con los mismos fines. Con arreglo a la propuesta relativa al daño real se aplicaría lo siguiente: 1) cuando se causara un daño físico importante a personas o cosas sometidas a la jurisdicción o al control de un Estado a consecuencia de actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de otro Estado, el primer Estado tenía derecho a obtener de ese

---

348/ Véase Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/360.

otro Estado indemnización por los daños, a menos que hubiese obtenido indemnización en virtud de las normas aplicables en materia de responsabilidad civil de la legislación interna de los Estados interesados; 2) la indemnización debería en principio cubrir íntegramente el daño; sin embargo, la cuantía de la indemnización debía ser acordada por los Estados interesados, recurriendo éstos a la determinación por un tercero si no se llegaba a un acuerdo dentro de un plazo razonable; 3) debía considerarse la reducción de la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta los elementos y las circunstancias de la situación concreta, incluidas las condiciones económicas y financieras relativas de los Estados interesados.

218. Algunos miembros consideraron provechoso distinguir entre las dos categorías de actividades de riesgo y de daño si se habían de redactar medidas preventivas como obligaciones ineludibles. Sin embargo, era necesario determinar la naturaleza del riesgo a efectos de este tema y en particular respecto de los artículos relativos a las medidas preventivas. Por ejemplo, podrían utilizarse algunas matizaciones, como riesgo excepcional, serio, importante o grave. Este era el problema del umbral que se planteaba con respecto tanto al riesgo como al daño. Un miembro, sin negar el nexo existente entre el daño causado por una actividad lítica y la responsabilidad, señaló que si se tomaba el daño como único fundamento de la responsabilidad se corría el riesgo de invadir el ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados, ya que el daño podía ser el resultado tanto de un comportamiento lícito como de un comportamiento ilícito.

219. Un miembro opinó que la división de las actividades entre las que entrañaban riesgo y las que entrañaban daño no abarcaba ciertas actividades como la construcción de grandes obras que podía acarrear consecuencias adversas para un Estado vecino, la construcción de aeropuertos o carreteras de gran velocidad o la quema de combustibles fósiles. Estas eran actividades realizadas en toda sociedad humana y que requerían normas concretas. A su juicio, estas situaciones, características de la sociedad contemporánea, eran diferentes de la situación en el arbitraje de la Fundición de Trail en el que una fundición en Columbia Británica causó daños específicos y claramente identificables en los Estados Unidos. En la situación de la Fundición de Trail el centro de atención era la fuente concreta de los gases tóxicos, pero el problema general de la contaminación aérea, por ejemplo, sólo podría tratarse

introduciendo limitaciones cuantitativas globales, proceso que los Estados habían iniciado de hecho comprometiéndose a reducir en porcentajes convenidos las cantidades, por ejemplo, de gases destructivos de la capa de ozono.

220. Muchos miembros abordaron la cuestión de una lista de actividades o sustancias peligrosas y parecían estar de acuerdo en que esa lista, en lugar de una definición general, podía imponer restricciones innecesarias e injustificables al alcance del tema. Con respecto a la lista de sustancias peligrosas surgirían otros problemas. Por ejemplo, la inclusión de una sustancia en la lista quizá no significara que la actividad relacionada con esa sustancia crearía necesariamente un riesgo de daño transfronterizo, mientras que podrían crear ese riesgo actividades no relacionadas con una sustancia peligrosa. Sin embargo, algunos miembros estimaron que podría hacerse una lista de sustancias peligrosas a efectos de las medidas preventivas que tuviera carácter indicativo.

221. Al recapitular esta parte del debate, el Relator Especial declaró que, en su opinión, la mayoría de los miembros de la Comisión apoyaba la inclusión en el tema de las actividades de riesgo pertinentes sobre todo para la prevención y de las actividades de efectos nocivos pertinentes para la responsabilidad y la indemnización. También consideró que muchos miembros no apoyaban la inclusión de una lista de actividades o sustancias peligrosas.

d) Principios

222. El Relator Especial observó que parecían contar con un apoyo considerable en la Comisión de Derecho Internacional, y también en la Sexta Comisión, los principios relativos a este tema formulados en los artículos 6 a 10 349/ en los que se establecía la libertad de acción y sus límites, la cooperación, la prevención, la reparación y la no discriminación. Por ejemplo, el principio de la libertad de acción y sus límites, recogido en el artículo 6 350/ que se inspiraba en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, fue objeto de un amplio consenso. Lo mismo puede decirse del

---

349/ Véase el documento A/CN.4/437, párrs. 17 a 24.

350/ Véase la versión revisada del artículo 6 remitida al Comité de Redacción en 1989 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10), pág. 228).

principio de la cooperación internacional, recogido en el artículo 7. En cuanto al principio de la no discriminación, indispensable para el funcionamiento apropiado de un sistema de responsabilidad civil, sólo se plantearon muy pocas objeciones. Los dos principios que, según el Relator suscitaron un cierto debate fueron los de la prevención y la reparación, recogidos en los artículos 8 y 9. El Relator Especial encontró en la Comisión un amplio apoyo a esos principios, cuando se expresaban en términos generales. La diferencia de opiniones se planteaba con respecto a su contenido detallado. Según explicó, el principio de la prevención entrañaba dos tipos de medidas; una que debería tomarse antes de que se produjera ningún daño transfronterizo, y la otra para mitigar el daño una vez producido. El principio entrañaba también dos tipos de obligaciones: obligaciones de procedimiento que consistían esencialmente en evaluar los efectos transfronterizos de la actividad prevista, notificar al Estado que se presumiera que iba a resultar afectado y celebrar consultas; y obligaciones unilaterales de carácter más sustantivo. Estas últimas consistían en la adopción por los Estados de las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias a fin de: a) asegurar que los explotadores tomaran todas las medidas para impedir los daños; b) minimizar el riesgo de los daños; o c) limitar los efectos nocivos que se hubieran producido en el territorio del Estado presuntamente afectado.

223. En lo que se refería al principio de la reparación, el Relator Especial señaló que entre las tres opciones, es decir, la responsabilidad civil, la responsabilidad del Estado o una combinación de las dos, la última parecía contar con mayor apoyo. Según este criterio, la indemnización era responsabilidad del explotador, de acuerdo con el principio de la responsabilidad civil, con una responsabilidad subsidiaria del Estado; ese criterio correspondía al de varias convenciones existentes que regulaban actividades específicas. Naturalmente, como señaló el Relator Especial, la Comisión podría considerar la posibilidad de ampliar la responsabilidad del Estado a casos en que las víctimas no pudieran obtener ninguna indemnización porque la parte privada responsable, bien no había podido resarcirles plenamente, o bien no había podido ser identificada. En esos casos la cuestión podría resolverse mediante negociaciones entre el Estado de origen y el Estado presuntamente afectado.

224. En gran parte, el debate en la Comisión se centró en los principios de la prevención y la reparación. Más adelante se resumen esos debates bajo epígrafes separados. Además, se hicieron observaciones sobre otros principios que se resumen también más abajo.

225. Se señaló que en este tema era muy importante la libertad de acción del Estado y sus límites, a tenor del artículo 6 del proyecto. Esa disposición, inspirada en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, reconocía el derecho soberano de un Estado a realizar actividades legítimas dentro de su territorio pero, al mismo tiempo, ponía de relieve su responsabilidad de asegurar que esas actividades no causaran daños transfronterizos a otros Estados. Se señaló que, en general, los principios a que se referían los artículos eran todos aplicables al tema. Pero, además de esos principios, debía tenerse en cuenta que la disposición original del tema, recogida en el esbozo esquemático se basaba en el principio sic utere tuo ut alienum non laedas, primero que contó con un acuerdo general en la Comisión y que constituía el núcleo mismo de la cuestión. Ese principio se complementó con otro, a saber, en el principio de que la víctima inocente no debía soportar las pérdidas que sufriera, así como en el criterio del equilibrio de intereses entre los Estados interesados. En consecuencia, la falta de cualquier disposición específica para que la víctima inocente no soportara las pérdidas que sufriera se consideró una laguna importante que debía colmarse, quizás incorporando tal disposición en el artículo 9 sobre la reparación, o en el artículo 6 sobre la libertad de acción y sus límites.

226. También se expresó una opinión según la cual los principios incorporados en los artículos 6 a 9 eran de derecho internacional general y, por lo tanto, no podía haber ninguna objeción a incluirlos en el proyecto. Por último, se puso de relieve que la Comisión, después de largos debates, había llegado a cierta coincidencia de pareceres sobre algunos puntos, tales como: a) el principio sic utere suo ut alienum non laedas; b) el reconocimiento de que el punto central del tema eran los daños transfronterizos, potenciales o reales; c) la pertinencia del principio 21 de Estocolmo; d) la idea de que la víctima inocente no debía soportar las pérdidas que sufriera; y e) la importante función del criterio del equilibrio de intereses en este tema. Esas y otras zonas de acuerdo formaban una base apropiada para continuar su estudio.

i) Prevención

227. Durante el debate sobre la prevención se estableció una distinción entre las medidas de los artículos 11, 13 y 14 (evaluación, notificación e información, iniciativa del Estado presuntamente afectado y consultas), por una parte, y las medidas multilaterales de prevención, por otra. Se recordó que la prevención era siempre uno de los objetivos del tema, pero, en el contexto de ese aspecto general, la Comisión nunca se había pronunciado en favor de aceptar el objetivo primario del proyecto de artículos, es decir, promover el establecimiento de regímenes para regular cualquier actividad concreta considerada como fuente de importantes peligros, reales o potenciales, con efectos transfronterizos.

228. En cuanto a las disposiciones de procedimiento, se señaló que las contenidas en los artículos 11, 13 y 14 eran demasiado amplias e incluían todo tipo de actividades. Esas disposiciones provocaban una excesiva inhibición en lo relativo al derecho de los Estados a realizar actividades legítimas dentro de sus propios territorios. La falta de una relación entre esas obligaciones de procedimiento y la compensación una vez producido el daño era otra razón para que algunos miembros tuvieran dudas sobre la utilidad de tales procedimientos detallados. Según esas disposiciones, el incumplimiento de las obligaciones de procedimiento cuando no se produjera ningún daño transfronterizo no era motivo para una reclamación. Por otra parte, si se produjeran daños, el Estado de origen estaría obligado a la reparación, incluso aunque hubiera cumplido estrictamente las disposiciones de procedimiento.

229. Los miembros partidarios de un instrumento separado no obligatorio sobre la prevención consideraron que la mayoría de las disposiciones de los artículos 11 a 20 propuestos por el Relator Especial podrían incluirse en ese instrumento en forma de directrices o de un código de conducta. Ese enfoque tendría dos ventajas. La primera era que evitaría el uso de la noción controvertida de "actividades de riesgo". La segunda ventaja era que pondría de relieve las medidas que había que adoptar en relación con las actividades de riesgo excepcional. A este respecto se mencionaron algunas convenciones, como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, que establecían normas y procedimientos para la prevención y se centraban en los

tipos de actividades que requerían medidas de prevención y en las normas y procedimientos necesarios para impedir posibles daños.

230. Así pues, en la Comisión hubo un acuerdo amplio en torno a la idea de que, incluso si se formulaban obligaciones de procedimiento, éstas deberían figurar bien anexas al futuro instrumento como protocolo facultativo, o bien como mera recomendación. Sin embargo, en opinión de algunos miembros, la obligación de notificar y consultar no era simplemente de procedimiento.

231. Algunos miembros, en cambio, consideraron útil el establecimiento de medidas simplificadas de procedimiento, como la evaluación del efecto transfronterizo de las actividades y la notificación y las consultas, porque se referían a actividades no prohibidas por el derecho internacional y los Estados podían, por lo tanto, actuar sin injerencia externa. Ahora bien, los Estados potencialmente en peligro no tenían conciencia de ningún riesgo o de ningún efecto peligroso hasta que éstos no se hubieran producido, a menos que los Estados aceptaran la obligación de notificar y consultar. Por consiguiente, no tenían ninguna posibilidad de hacer preparativos; sólo podían actuar cuando el daño estuviera ya produciéndose, es decir, cuando ya fuera demasiado tarde. Por lo tanto, se necesitaban medidas apropiadas para que el Estado interesado conociera los posibles riesgos. Sin embargo, se daba por supuesto que cualquier procedimiento establecido para la notificación o la consulta no impediría a los Estados realizar sus actividades. Según esta opinión, la conveniencia de establecer tales procedimientos era indudable. Lo importante era encontrar un medio de conciliar el derecho del Estado a emprender cualquier actividad no prohibida por el derecho internacional con sus obligaciones de velar al mismo tiempo por la protección de los Estados en peligro; una transacción que requeriría por parte de la Comisión un enfoque a la vez creativo y realista.

232. En cuanto a las medidas unilaterales de prevención, algunos miembros se pronunciaron en favor de una obligación estricta de diligencia debida, imponiendo al Estado en cuyo territorio se realizara una actividad que entrañara riesgo o causara daños transfronterizos la obligación de tomar todas las precauciones necesarias para impedir esos daños y sancionar su negligencia de conformidad con el derecho internacional general. Según ese criterio, se dejaba a los Estados en libertad para tomar las medidas preventivas que prefirieran dentro de su propio territorio. Tal enfoque tenía en cuenta el resultado y no el proceso ni el procedimiento.

233. En cuanto a la cuestión de recomendar a los Estados los tipos de medidas unilaterales que podrían tomar por vía legislativa y administrativa, algunos miembros observaron que tal recomendación sería útil si el objetivo era armonizar o hacer más rigurosas las normas preventivas existentes. En ese caso habría que resolver dos problemas: determinar el umbral por encima del cual el Estado afectado podría pedir la prohibición de una actividad y establecer el mecanismo mediante el cual podrían resolverse las controversias entre el Estado de origen y el Estado afectado con respecto a dicho umbral.

234. Un miembro estimó que las medidas tomadas después de producido el daño transfronterizo para mitigarlo no deberían considerarse medidas preventivas propiamente dichas. A su juicio, las medidas preventivas eran las tomadas antes del daño a fin de evitarlo. Otro miembro estimó que si se quería que la obligación de la diligencia debida fuera "perfecta" ("hard"), había que establecer un sistema de solución obligatoria de las controversias. A su juicio ese sistema era parte integrante de cualquier régimen que se estableciera mediante un tratado.

235. Al recapitular el debate, el Relator Especial llegó a la conclusión de que había una corriente importante de opinión a favor de que las obligaciones de procedimiento contenidas en el proyecto de artículos tuvieran únicamente el carácter de recomendación, y de que esa opinión ponía de relieve la preferencia por dos instrumentos separados de carácter jurídico diferente. En general se consideraba que, fueran o no obligatorios los procedimientos podían simplificarse aún más y que, en cualquier caso, no se requeriría el consentimiento previo del Estado potencialmente afectado antes de autorizar la actividad. En cuanto a las medidas unilaterales de prevención, algunos miembros consideraron que deberían tener un carácter obligatorio.

ii) La reparación

236. Se recordó que la idea de la reparación era la consideración fundamental en la génesis del tema. La finalidad primordial indicada por el primer Relator Especial era fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advirtiera que entrañaba peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tuviera efectos transnacionales; era una consideración secundaria, aunque también importante, el que el proyecto de artículos ayudara a determinar los efectos de la responsabilidad en los casos en que no existiera

un régimen especial aplicable y se hubieran producido consecuencias perjudiciales 351/. Se plantearon tres cuestiones fundamentales con respecto a la responsabilidad y la reparación: i) la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil; ii) qué daño debía repararse y iii) la cuantía de la indemnización.

237. Por lo que respecta a la primera cuestión, se expresaron diversas opiniones con respecto a la forma de distribuir la responsabilidad entre el explotador privado y el Estado. El criterio de hallar un sistema con arreglo al cual compartieran la responsabilidad el explotador y el Estado obtuvo un mayor apoyo.

238. Muchos miembros señalaron que la solución de atribuir responsabilidad exclusiva al Estado o al explotador era difícil de aceptar y en algunos casos podía significar que no hubiera reparación. Con arreglo al artículo 3 del proyecto un Estado no era responsable de una actividad privada cuyo riesgo o cuyos efectos nocivos pudiera desconocer de buena fe. Por ejemplo muchos Estados, incluidos los más desarrollados, habían ignorado durante varios años el destino final de algunos de sus desechos. En tales casos las víctimas no habían podido tratar de obtener reparación del Estado de origen y no habían podido obtener indemnización. Ese criterio era más importante que nunca si se tenía en cuenta de la tendencia mundial hacia la retirada de los Estados de la actividad comercial, con el consiguiente fomento de la empresa privada.

239. Otros miembros consideraron que la propuesta de que los Estados convinieran en asumir la responsabilidad financiera frente a los no nacionales respecto de todos los actos de entidades privadas o particulares sometidos a su jurisdicción carecía de realismo. Se señaló que el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, en virtud del cual los Estados habían asumido la responsabilidad objetiva, se había redactado partiendo del supuesto de que todas las futuras actividades espaciales serían realizadas por Estados o bajo su control; tal supuesto no existía con respecto al presente tema. Por consiguiente, la responsabilidad objetiva de los Estados no podía extenderse a actividades que fueran esencialmente privadas. La solución de atribuir la responsabilidad exclusiva

---

351/ Informe preliminar del primer Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter, Anuario... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 262, párr. 9.

al explotador también tenía inconvenientes: por ejemplo, el daño podría ser tan importante que produjera insolvencia por parte del explotador, dejando así a la víctima sin indemnización adecuada o incluso sin indemnización alguna.

240. La solución equitativa estaba, a juicio de muchos miembros, en un tipo de responsabilidad conjunta pero había que determinar aún si debía asignarse la responsabilidad primordial al Estado o al explotador. Se mencionaron una serie de factores que debían tenerse en cuenta en esa determinación, incluidos si el Estado había tomado o no todas las precauciones razonables para evitar el daño transfronterizo, si el explotador privado era solvente, si podía identificarse al explotador privado; la situación particular de los países en desarrollo, etc.

241. Muchos miembros convinieron en que el principio de que la víctima inocente no debía soportar la pérdida sola y la máxima sic utere tuo ut alienum non laedas eran la base para exigir que se pagara indemnización cuando las actividades, aun siendo lícitas, causaran daño transfronterizo. Se destacó también que el principio de la responsabilidad debía basarse no en el riesgo sino en el concepto de daño.

242. Algunos miembros que apoyaban la atribución de la obligación primordial de responsabilidad a los explotadores privados señalaron que todas las convenciones pertinentes, con la excepción del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, parecían haber atribuido la responsabilidad al explotador. En esas convenciones se definía claramente la obligación de los Estados de: a) tomar las medidas necesarias para protegerse contra el daño transfronterizo y actuar frente a él; b) garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control se ajustasen a ciertas disposiciones; y c) asegurar que se dispusiera de recursos, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, para obtener indemnización y reparación respecto del daño transfronterizo causado por actividades realizadas bajo su jurisdicción y control. Tal era también el criterio de los artículos 139 y 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Algunos miembros señalaron que la mayoría de los convenios sobre la responsabilidad de los explotadores privados se habían elaborado a los efectos de limitar la responsabilidad del explotador privado, aunque esos convenios se basaban claramente en el principio de que los explotadores, o los Estados, serían responsables de la indemnización de los daños y perjuicios apreciables causados.

243. A juicio de algunos miembros, cuando un Estado no dejara de cumplir con su obligación, el explotador debía asumir la responsabilidad. Con arreglo a esta opinión, podía atribuirse en tal caso al Estado una responsabilidad subsidiaria, en particular en el caso de insolvencia total o parcial del explotador. Se expresó la opinión de que incluso para atribuir responsabilidad subsidiaria al Estado debía haber una base teórica que parecía faltar en el presente enfoque del tema. Seguía en pie la cuestión de por qué un Estado debía ser responsable si había adoptado leyes y reglamentos y tomado medidas administrativas razonablemente apropiadas para asegurar el cumplimiento por parte de las personas sometidas a su jurisdicción. Aquí era donde, según esta opinión, entraba en juego el concepto de riesgo. En primer lugar, ese concepto proporcionaba la base para las obligaciones concretas de prevención. En segundo lugar, facilitaba las razones, en caso de que se produjeran daños, para invocar la responsabilidad subsidiaria del Estado si el explotador no podía respetar su obligación de prestar reparación. En cuanto al caso de imposibilidad de identificar al explotador responsable, la cuestión que se planteaba era por qué el Estado debía ser responsable de daños en los casos en que los efectos nocivos se originaban en toda una región o eran resultado de las actividades ordinarias de Estados industrializados, como en el caso del agotamiento de la capa de ozono. Según esta opinión, no sería fácil abordar con éxito esos casos sobre la base de la idea de reparación exclusivamente.

244. Algunos miembros hicieron notar también que, aparte de la inexistencia de un régimen generalmente reconocido de responsabilidad subsidiaria o causal del Estado en los regímenes convencionales existentes, en la legislación interna de muchos Estados no se reconocía tampoco esa responsabilidad del Estado, ni siquiera en los casos en que no se obtenía reparación de un explotador con arreglo al procedimiento legal. Se indicó que el principio de la Fundición de Trail podría no ser aplicable en todos los casos independientemente de las situaciones reales en que se produjera el daño transfronterizo. El párrafo 2 del artículo 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el artículo 4 del anexo III a la misma se mencionaron como ejemplo típico de la renuencia de los Estados cuando se trataba de asumir la responsabilidad de actividades realizadas por contratistas aun cuando esas actividades fueran patrocinadas por Estados. Eso indicaba que los Estados vacilaban en reconocer que las normas existentes de

derecho internacional admitían la aplicación automática del principio de la responsabilidad causal del Estado, aunque fuese sólo responsabilidad subsidiaria. Con arreglo a esta opinión, el principio de reparación debía exponerse pues en términos generales únicamente y no debía ir tan lejos como para cubrir la responsabilidad causal en virtud del derecho civil y la responsabilidad subsidiaria del Estado. Esas cuestiones se tratarían mejor en instrumentos que abarcasen esferas bien definidas, como el daño nuclear y la contaminación ambiental causada por vertidos de petróleo, etc. La atribución de responsabilidad primaria al explotador fue considerada por algunos miembros como la mejor solución si se tenía en cuenta la situación especial de los países en desarrollo. En particular, cuando los explotadores privados eran empresas multinacionales con presupuestos varias veces mayores que los de muchos países en desarrollo, no había razón alguna para que no recayera en ellos la responsabilidad primaria.

245. Se expresó también la opinión de que la cuestión de la obligación de prestar reparación todavía no estaba madura para su codificación, al menos en forma de convención. Con arreglo a esta opinión, si se consideraba necesario llegar a tratar de la reparación, había que limitarse únicamente a la responsabilidad del explotador sin responsabilidad subsidiaria para el Estado. Por consiguiente desde esta posición se apoyaba la idea de redactar cláusulas modelo relativas a la responsabilidad civil y alentar a los Estados a que las adoptasen en su derecho interno.

246. Algunos miembros no creían que fuera necesario entrar en detalles de las normas de responsabilidad civil. Esas normas se trataban de manera diferente en los diversos ordenamientos jurídicos internos y eso hacía que la introducción del régimen de responsabilidad civil en el derecho internacional fuera una tarea muy difícil. Estos miembros pensaban que quizá fuera incluso improcedente insistir en armonizar las leyes internas a este respecto. Estimaban que sería preferible dejar que los Estados tomaran las disposiciones que consideraran oportunas para hacer responsable del daño transfronterizo al explotador.

247. Se sugirió también que quizá los artículos pudieran tratar únicamente de cuestiones esenciales de la responsabilidad civil, como por ejemplo, que una vez obtenida de un explotador la indemnización en virtud del procedimiento de la responsabilidad civil no debía presentarse demanda contra un Estado; o que debía haber una cláusula de no discriminación con respecto a los recursos y al acceso a los tribunales de un Estado.

248. Algunos otros miembros señalaron que al establecer la relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado no debía pasarse por alto un principio ampliamente reconocido del derecho internacional, el de la protección diplomática. Ese principio iba acompañado de otro, a saber, que los demandantes individuales debían agotar primero los recursos internos antes de tratar de obtener protección diplomática. Estos dos principios parecían apoyar a su juicio la propuesta de que los explotadores privados asumieran la responsabilidad primordial y en ciertas circunstancias, cuando no se dispusiera de recursos por los cauces internos, los Estados asumieran la responsabilidad subsidiaria o residual.

249. Se plantearon también algunas otras cuestiones con respecto a la distribución de la responsabilidad entre un Estado y un explotador. Por ejemplo, se señaló que algunas actividades que provocaban efectos transfronterizos nocivos eran realizadas directamente por los Estados; los Estados eran los explotadores. La Comisión tendría que decidir si en tal caso había que sostener que el Estado era directamente responsable o requerir el agotamiento de los recursos de responsabilidad civil en virtud del derecho interno del Estado interesado. En tales circunstancias, similares a la situación de los explotadores privados, la cuantía de los daños podía ser bastante elevada. Para garantizar la indemnización podría crearse un fondo intergubernamental.

250. Por lo que respecta a la segunda cuestión, a saber qué daño debía repararse, se señaló que había que tomar una decisión acerca de si debía repararse todo daño apreciable o importante causado o sólo el daño apreciable o importante que fuese consecuencia de una actividad de la que se supiera que entrañaba riesgo. A juicio de algunos miembros este último supuesto era demasiado restringido. Se señaló que algunos miembros de la Comisión opinaban que los Estados no estarían dispuestos a aceptar el primer supuesto, que se situaba en la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. Pero algunos miembros estimaron que no sería inoportuno que la Comisión adoptase un enfoque progresivo. Estos miembros consideraron también que el criterio de que se prestase reparación por todo daño apreciable o importante que se causara era más compatible con la opinión de que el tema se basara en el concepto de daño y que no hubiera una lista de actividades o sustancias peligrosas.

251. Por lo que respecta a la tercera cuestión, a saber la cuantía de la reparación, se recordó que el Relator Especial había sugerido que esa cuestión se resolviera mediante negociaciones entre los Estados. Se afirmó que la Comisión debía establecer los parámetros dentro de los cuales podían celebrarse esas negociaciones, que debían regirse también por el principio según el cual debía mantenerse un equilibrio delicado entre la necesidad de negociaciones permanentes entre los Estados y el respeto del contenido normativo del derecho internacional. Se señaló que, por ejemplo, la cuestión de la previsibilidad del riesgo podía tener un efecto en la cuantía y la forma de la compensación, término que se consideró preferible al de reparación puesto que evocaba imágenes de responsabilidad de los Estados.

252. Se expresó otra opinión en el sentido de que la determinación de la reparación sobre la base de negociaciones entre los Estados podía resultar ineficaz. Se indicó que había que tener presente que en principio el daño debía indemnizarse íntegramente; principio que podía complementarse con dos elementos. El primero sería una indicación de que debía considerarse la reducción de la cuantía de la indemnización (a partir de la indemnización íntegra) teniendo en cuenta los factores y circunstancias de la situación concreta, incluida la situación económica y financiera relativa de los Estados interesados. El segundo era que debía haber una disposición en la que se previera la posibilidad de recurrir a un tercero para la determinación de la cuantía de la indemnización a falta de acuerdo dentro de un plazo razonable.

253. El Relator Especial, al recapitular esta parte del debate, declaró que la idea de que la víctima inocente no debía soportar la pérdida sola había sido expresamente apoyada por la mayoría de los miembros de la Comisión y que no se había planteado ninguna objeción contra ella. También indicó que la tendencia dominante de las opiniones en la Comisión apoyaba la responsabilidad combinada del explotador privado y del Estado en la que el primero asumiría la responsabilidad primaria y el segundo la responsabilidad subsidiaria.

e) Espacios públicos internacionales (global commons)

254. Algunos miembros abordaron la cuestión del daño a los "espacios públicos internacionales". Las opiniones de estos miembros diferían en cuanto a la cuestión de si la Comisión debía ocuparse de este problema en la presente etapa o dentro del contexto de este tema. Sin embargo, estos miembros convinieron todos en que el problema del continuo deterioro del medio humano

era un asunto serio con repercusiones universales que la Comisión tenía que estudiar.

255. Los miembros que no creían que el problema de los "espacios públicos internacionales" debiera incluirse en el contexto de este tema basaban su razonamiento en la dificultad de conciliar los fundamentos teóricos del tema de la responsabilidad con lo que se necesitaba para abordar el daño a los "espacios públicos internacionales". Recordaron que desde el principio la Comisión había trabajado sobre el presente tema partiendo del supuesto de que se relacionaba con el daño dimanante de actividades realizadas en el territorio, bajo la jurisdicción o el control de un Estado y que afectaban a personas o bienes en otro Estado. En tal situación, tanto el Estado de origen como el Estado afectado eran fáciles de identificar y el daño causado era evaluable. Sin embargo, el daño a los "espacios públicos internacionales", a juicio de estos miembros, planteaba cuestiones distintas, incluida la dificultad de determinar el Estado o los Estados de origen, el Estado afectado, la evaluación y determinación del daño, etc. Además se refirieron al derecho a obtener reparación y a la obligación de prevención del daño que eran difíciles de aplicar si no podía identificarse a un Estado como Estado afectado o Estado de origen. Por estas razones no consideraban apropiado incluir el problema del daño a los "espacios públicos internacionales" en el presente tema. Sugirieron que la Comisión incluyera la cuestión en su programa de trabajo a largo plazo o estudiase el asunto cuando se completase la labor sobre el tema de la responsabilidad. Algunos otros miembros estimaron que la cuestión del daño a los "espacios públicos internacionales" no estaba suficientemente madura para que la Comisión estableciera principios generales de derecho internacional a este respecto.

256. Algunos otros miembros tenían una opinión diferente. Señalaron que el principio 21 de Estocolmo se refería específicamente a zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. A juicio de algunos de ellos, aun cuando actualmente no hubiese normas de derecho internacional aplicables que protegieran los "espacios públicos internacionales", debían encontrarse algunas pero, por supuesto, no sin estudiar las múltiples dimensiones del tema. A este respecto se expresó también la opinión de que la Comisión no debía adoptar un enfoque exageradamente conservador y debía tomar contacto de manera más directa con la orientación general de la comunidad internacional, en la que se afirmaba de manera creciente la importancia de la protección de

los "espacios públicos internacionales". Algunos miembros subrayaron que este concepto había hallado expresión en numerosos órganos y decisiones internacionales y regionales, incluidos el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, de 1972, la resolución 43/53 de la Asamblea General, en la que se decía expresamente que los cambios climáticos constituían una "preocupación común" de la humanidad; etc. Además, la necesidad de proteger los derechos intergeneracionales había sido objeto de creciente atención dentro del contexto del desarrollo sostenible y del derecho del medio ambiente.

257. Se señaló que la Comisión podía formular una serie de artículos sobre la protección de los "espacioss públicos internacionales" e incluso hacer propuestas a los organismos encargados de aplicarlos. Por ejemplo, el mandato del Consejo de Administración Fiduciaria podía modificarse y ampliarse para abarcar la protección de los recursos de los "espacios públicos internacionales". Como mínimo, la Comisión debía elaborar una definición más detallada del significado de una obligación erga omnes con respecto, por ejemplo, a la contaminación de la alta mar, el espacio ultraterrestre y la capa de ozono y determinar en cuanto a las zonas situadas dentro y fuera de la jurisdicción nacional las condiciones actuales para el ejercicio de una actio popularis con respecto a los recursos de los "espacios públicos internacionales".

258. Se indicó que no favorecería los intereses de la Comisión decir que estaba partiendo de cero; más bien tenía que tener en cuenta anteriores cuestiones ambientales. Se mencionó el cambio climático, un ejemplo que había sido motivo de preocupación durante cerca de 20 años. Se hizo referencia a una recomendación del Plan de Acción de Estocolmo según la cual los gobiernos debían evaluar detenidamente la probabilidad y magnitud de los efectos sobre el clima de las actividades planeadas y debían divulgar sus conclusiones en toda la medida de lo posible antes de emprender esas actividades. Según otra recomendación, los gobiernos debían celebrar consultas detenidas con otros Estados interesados cuando se estuviesen proyectando o realizando actividades que entrañaran el riesgo de efectos de este tipo. La cuestión del cambio climático se había mencionado incluso en tratados, entre ellos la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. Había pues varios instrumentos que podían utilizarse para abordar las cuestiones pertinentes a los "espacios públicos internacionales". A juicio de estos miembros convenía no demorar los trabajos

sobre los problemas de los "espacios públicos internacionales". Por esta razón algunos miembros preferían que la protección de los "espacios públicos internacionales" fuese objeto de un tema aparte.

259. En respuesta a las opiniones expresadas sobre esta cuestión, el Relator Especial estimó que la Comisión no debía tomar todavía una decisión sobre si los problemas de los "espacios públicos internacionales" debían tratarse o no dentro del contexto del presente tema hasta que se pudiera examinar nuevamente la cuestión.

Capítulo VI

RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (Segunda parte del tema)

A. Introducción

260. El tema titulado "Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales" ha sido estudiado por la Comisión de Derecho Internacional en dos partes. La Comisión concluyó el examen de la primera parte, relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales, en su 23° período de sesiones, en 1971, al aprobar un conjunto de artículos que presentó a la Asamblea General 352/.

261. Posteriormente la Asamblea General remitió ese conjunto de artículos sobre la primera parte del tema a una conferencia diplomática, que se reunió en Viena en 1975 y aprobó la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal 353/.

262. La Comisión comenzó en su 28° período de sesiones, en 1976, el examen de la segunda parte del tema, que versa sobre la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, sus funcionarios, sus expertos y demás personas que intervienen en sus actividades sin ser representantes de Estados 354/.

263. Entre el 29° (1977) y el 30° (1978) períodos de sesiones de la Comisión el anterior Relator Especial presentó dos informes, que fueron examinados por la Comisión 355/.

352/ Anuario... 1971, vol. II (Primera parte), págs. 307 y ss., documento A/8410/Rev.1, cap. II, secs. C y D.

353/ Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, vol. II, Documentos de la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.75.V.12), pág. 205, documento A/CONF.67/16.

354/ Anuario... 1976, vol. II (Segunda parte), pág. 161, párr. 173.

355/ Véase el informe preliminar, Anuario... 1977, vol. II (Primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/304; el segundo informe, Anuario... 1978, vol. II (Primera parte), pág. 281, documento A/CN.4/311 y Add.1. En el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en

264. En su 31° período de sesiones, en 1979, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Leonardo Díaz González 356/.

265. La Comisión, al haber dado prioridad conforme a las recomendaciones de la Asamblea General a la conclusión de sus estudios sobre una serie de temas incluidos en su programa de trabajo respecto de los cuales el proceso de elaboración de artículos se encontraba ya adelantado, no abordó el examen del presente tema en su 32° período de sesiones, en 1980, ni en los períodos de sesiones ulteriores. No reanudó sus trabajos sobre el tema hasta el 35° período de sesiones, en 1983.

266. Entre el 35° (1983) y el 42° (1990) períodos de sesiones de la Comisión, el Relator Especial presentó cinco informes 357/. En el curso de dichos períodos de sesiones, la Comisión adoptó una serie de decisiones preliminares en relación con el tema, inclusive la adopción de un esquema sobre la materia que habrían de abarcar los artículos que el Relator Especial prepararía sobre el tema 358/.

---

su 39° período de sesiones, (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/42/10)) figura un resumen del examen de ambos informes en la Comisión, las conclusiones alcanzadas y las medidas adoptadas por la Secretaría.

356/ Anuario... 1979, vol. II (Segunda parte), pág. 228, documento A/34/10, párr. 196.

357/ Primer informe: Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/370. Segundo informe: Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/391 y Add.1. Tercer informe: Anuario... 1986, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/401. Cuarto informe: Anuario... 1988, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/424 y Corr.1. Quinto informe: Anuario... 1990, vol. II (Primera parte), originariamente publicado en 1990 como documento A/CN.4/432, y vuelto a publicar en su versión completa, en 1991, como documento A/CN.4/438 y Corr.1 (en español, inglés y ruso solamente).

358/ En el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones, (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10)), párrs. 686 a 707, figura un resumen más completo del desarrollo histórico del tema. El texto del esquema aparece reproducido en la nota 269 de dicho informe.

267. En su 42° período de sesiones en 1990, la Comisión por falta de tiempo no pudo examinar el quinto informe del Relator Especial.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

268. En el presente período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (vuelto a publicar, en su versión completa, con la signatura A/CN.4/438 y Corr.1 (en español, inglés y ruso solamente) y Corr.2 (en español solamente)), así como su sexto informe (A/CN.4/439).

269. En su quinto informe, el Relator Especial estudiaba la cuestión relativa a los archivos de las organizaciones internacionales y presentaba sobre esta cuestión el artículo 12. Asimismo estudiaba en dicho informe lo relativo a las facilidades que en materia de publicaciones y comunicaciones se otorgaban a las organizaciones internacionales, y con especial referencia a las comunicaciones, examinaba lo relativo a los códigos, la valija diplomática, los correos diplomáticos, los servicios postales y las comunicaciones por telecomunicaciones, en particular, las estaciones de radio. El Relator Especial proponía asimismo los artículos 13 a 17 en materia de publicaciones y comunicaciones.

270. En su sexto informe, el Relator Especial examinaba detalladamente la práctica y los problemas en torno a las inmunidades fiscales y las franquicias aduaneras de que disfrutan las organizaciones internacionales y sobre esta materia proponía los artículos 18 a 22.

271. La Comisión examinó el quinto y el sexto informes del Relator Especial en sus sesiones 2232a. a 2236a.

272. La Comisión, en su 2236a. sesión, remitió los artículos 12 a 22 al Comité de Redacción. Los comentarios y las observaciones de los miembros de la Comisión en relación con dichos artículos se reseñan más adelante.

273. Al presentar sus informes quinto y sexto, el Relator Especial señaló que con ellos quedaba concluido el estudio de la primera parte del proyecto, a saber, lo concerniente a las organizaciones internacionales, de acuerdo con el punto 1, acápites A y B del esquema sobre el tema aprobado por la Comisión 359/. De acuerdo con dicho esquema quedaba ahora por estudiar el

---

359/ Véase ibid.

punto 2 del mismo, a saber lo concerniente a los funcionarios internacionales y a los expertos enviados en misión por cuenta de una organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con una organización.

274. En relación con su quinto informe y la parte del mismo dedicada a los archivos de las organizaciones internacionales, el Relator Especial señaló que, al igual que los Estados, las organizaciones internacionales mantenían una comunicación permanente y continua con los Estados miembros así como entre ellas. Mantenían, como era natural, una nutrida correspondencia con instituciones públicas y privadas así como con particulares. Conservaban los expedientes relativos a su personal así como los relativos a proyectos, a estudios, investigaciones, y a los de cualquier otro tipo de actuación en las cuales se encontraban involucradas para la consecución de los fines para los cuales habían sido creadas. En fin, poseían una serie de documentos constitutivos del nervio mismo de su funcionamiento. La conservación y la custodia de toda esa documentación, señaló el Relator, era lo que constituía los archivos de las organizaciones internacionales.

275. El Relator Especial añadió que para la preservación, defensa y seguridad del 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 o confidencial de la documentación que les había sido dirigida o confiada, en particular por sus Estados miembros, las organizaciones internacionales intergubernamentales, debían gozar necesariamiente, de la inviolabilidad de sus archivos.

276. Esa inviolabilidad, señaló el Relator, se fundamentaba en dos principios básicos; la abstención y la protección, al igual que en el derecho diplomático. Se trataba, no solamente de la protección del secreto sino, además, de la protección del lugar donde se guardaba ese secreto. En el caso de las misiones diplomáticas y consulares, el Estado receptor no sólo estaba en la obligación de no tratar de penetrar este secreto sino asimismo de protegerlo mediante el respeto del lugar donde se conservaba, e, inclusive, impedir el que terceros pudieran violarlo. El derecho a la vida privada, a la intimidad, en una palabra, el secreto, era reconocido como elemento fundamental a la intimidad, en una palabra, el secreto, era reconocido como elemento fundamental para garantizar la libertad de acción y la eficiencia funcional de las organizaciones interncionales. El respeto a la intimidad, la preservación del secreto, constituían la base misma de la independencia de las

organizaciones internacionales, de las cuales éstas debían gozar par el cabal cumplimiento de los fines para los cuales habían sido creadas.

277. En lo referente a las publicaciones de las organizaciones internacionales, el Relator Especial expresó que no creía necesario extenderse en argumentos para demostrar que la principal forma de expresión de las organizaciones internacionales, estaba constituida por sus publicaciones. Es por ello, que en el lenguaje empleado por éstas, tanto en los textos jurídicos como en la práctica, se le solía dar al término "publicaciones" un contenido mucho más amplio que el que se le solía dar en el derecho interno. Tal amplitud variaba desde luego, según los textos, como se podía comprobar en el análisis realizado en el informe. Las organizaciones internacionales debían gozar por ello de la más absoluta garantía en lo que se refería no sólo a la inviolablidad de sus publicaciones, sino a la libre distribución y circulación del material de información necesario para las actividades de la organización.

278. En relación con las comunicaciones de las organizaciones internacionales, el Relator Especial señaló que los medios de comunicación que podían ser puestos a disposición de éstas eran idénticos a los utilizados por los Estados o sus misiones diplomáticas. Por ello el proyecto equiparaba las organizaciones internacionales a las misiones diplomáticas para hacerlas beneficiar de los mismos medios de comunicación acordados a éstas.

279. El Relator Especial recordó que el Subcomité Jurídico Consultivo del Consejo de Europa, había emitido 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" 360/. El Relator Especial, sin embargo, no pensaba que debiera constituir una preocupación mayor el hecho de que no todas las organizaciones internacionales tuviesen necesariamente que beneficiarse de todos los medios excepcionales de comunicación. El principio debía ser reconocido, como ya generalmente lo era, y aplicado en los casos pertinentes. Aquellos casos en los cuales no se justificara, de acuerdo con

---

360/ Conseil de l'Europe, op. cit., párr. 81, pág. 37.

las funciones de una organización, la necesidad de la aplicación del principio, debía dejarse a la organización involucrada la facultad de renunciar a él. Añadió el Relator Especial que en todo caso, con los adelantos, cada día más sofisticados, logrados por 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 en gran parte hoy día, la cuestión se reduciría a la prioridad para obtener las instalaciones de los aparatos correspondientes, a las tarifas preferenciales y a lo referente a los impuestos y tasas de servicio aplicables.

280. El Relator Especial mencionó, en particular, el posible uso por parte de las organizaciones internacionales, de correos y valijas diplomáticas y recordó el proyecto de artículos sobre correos y valijas elaborado por la Comisión recientemente 361/, y la discusión que había tenido lugar en la Comisión y en la Sexta Comisión acerca de la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de dicho proyecto a los correos y valijas de las organizaciones internacionales. Recordó que si bien muchos miembros y Estados habían mostrado su conformidad con la posibilidad de extender dicho proyecto a correos y valijas de las organizaciones internacionales, la Comisión, atendiendo a las objeciones de algunos miembros de la Comisión y de algunos Estados, había decidido no hacerlo a fin de no comprometer la aceptabilidad del proyecto en su conjunto. Sin embargo, se había elaborado un protocolo facultativo que hacía posible dicha extensión del ámbito de aplicación para los Estados que adhirieran a él. Era por ello que el artículo 16 se refería a "las disposiciones contenidas en las convenciones multilaterales vigentes".

281. Con referencia al sexto informe, y en particular, a las inmunidades fiscales de las organizaciones internacionales, el Relator Especial señaló que la inmunidad fiscal que se concedían recíprocamente los Estados en sus relaciones mutuas, venía a ser la contraparte de la igualdad. Era en aplicación del principio de la soberanía y de la igualdad entre los Estados por lo que no se concebía que un Estado pudiera verse sometido al poder de imposición de otro Estado. Ello había sido establecido tanto por la costumbre en el derecho internacional como por la práctica en las relaciones

---

361/ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10)).

internacionales e inclusive consagrado por acuerdos bilaterales y multilaterales, o aún por decisiones unilaterales de los Estados, por lo menos en lo referente a bienes afectados a fines estatales. 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 podía gravar a otros Estados a través de una organización internacional, y el Estado huésped no debía sacar provecho fiscal injustificado de la presencia de una organización sobre su territorio.

282. En lo referente a las franquicias aduaneras de las organizaciones internacionales, el Relator Especial señaló que para el cabal cumplimiento de su funciones oficiales las organizaciones internacionales intergubernamentales debían gozar de la mayor independencia con relación a los Estados que la integraban. Tal independencia no debía ser trabada en ninguna forma. Es por ello que parecía haberse aceptado el principio de la libre circulación de los artículos y de los capitales de las organizaciones internacionales, el cual constituía uno de los elementos básicos para preservar y garantizar esa independencia. Pero si la libre circulación de los artículos de las organizaciones internacionales era fundamental y necesaria para el cumplimiento de los fines para los cuales habían sido creadas, los Estados tenían desde luego el derecho de protegerse contra cualquier abuso o cualquier falsa interpretación del principio, que pudiera permitir desvirtuar la verdadera finalidad del mismo. Era necesario, pues, que existiera un equilibrio entre los dos principios: el de la libre circulación de los artículos que importen o exporten para su uso oficial las organizaciones internacionales y el derecho que asiste al Estado de proteger sus intereses y su seguridad.

283. Refiriéndose en general al quinto y al sexto informes del Relator Especial, algunos miembros de la Comisión tocaron incidentalmente la cuestión relativa a la utilidad del tema cuya consideración había abordado la Comisión. Señalaron en este sentido que si bien era cierto que ya existían un cierto número de convenciones multilaterales y de acuerdos de sede que reglamentaban lo relativo a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, sería engañoso sacar de ello la conclusión de que la utilidad del tema era escasa. Por el contrario era una oportunidad excelente para que la Comisión efectuara una labor típica de codificación, organizando y sistematizando las normas existentes que muchas veces no

coincidían entre ellas, sacando el factor común que las unía, a todas, y estableciendo claramente el mínimo indispensable a que tenían derecho las organizaciones internacionales en esta materia. Esta labor tenía mucho de cuidadoso trabajo de redacción, por lo que resultaba claro que el papel que debía jugar el Comité de Redacción en el desempeño de dicha tarea era de primer orden. A ello podían también agregarse ciertos aspectos de desarrollo progresivo en materia de reglamentación de áreas relativamente nuevas de la realidad internacional como podían ser, por ejemplo, la utilización por parte de las organizaciones internacionales de comunicaciones por satélite o los problemas particulares y muy delicados que la previsible extensión de las operaciones de mantenimiento de la paz podrían hacer surgir.

284. Se subrayó, que el criterio que debía presidir el otorgamiento de privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales era la necesidad funcional. En este sentido algunos miembros pensaban que si bien el Relator Especial parecía coincidir en general con dicho criterio, en algunas ocasiones, algunos de los artículos propuestos, o las consideraciones expresadas al propornerlos, parecían no ajustarse enteramente a dicho criterio.

285. Varios miembros se refirieron a la parte del quinto informe que trataba de los archivos de las organizaciones internacionales y apoyaron en general las consideraciones que el Relator Especial realizaba en su informe relativas a la importancia de los mismos y a la necesidad de salvaguardar su confidencialidad y asegurar su inviolabilidad. Se subrayó que los Estados debían abstenerse de todo tipo de coerción, administrativa y jurisdiccional sobre dichos archivos. Un miembro se preguntó si la cuestión relativa a la inviolabilidad de los archivos no debería abarcar también el respeto y la protección al emblema, nombre y también, en algunos casos, la bandera de una organización internacional. Se señaló que la inviolabilidad de los archivos, ya se tratase de documentos de uso interno, como ficheros del personal de la organización o de uso externo como la correspondencia con Estados miembros y otras organizaciones internacionales era indispensable para permitir a una organización el cumplimiento de sus funciones. Una organización debía ser el único juez del grado de secreto o confidencialidad requerido en esa área ya que la justificación funcional estaba corroborada por varios instrumentos internacionales, incluso la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

286. En lo que respecta, más concretamente, al artículo 12 362/ propuesto por el Relator Especial, varios miembros apoyaron en general su contenido sin perjuicio de realizar algunas sugerencias destinadas a mejorarlo. Así, por ejemplo, en lo relativo al párrafo 1, un miembro pensaba que sería apropiado que incluyese también una mención de la obligación positiva o de acción, por parte del Estado huésped, de proteger los archivos de las organizaciones internacionales. Otro miembro pensaba que las palabras "de manera general" contenidas en dicho párrafo podrían dar la impresión que los documentos de una organización no eran inviolables siempre y, en consecuencia, propuso la supresión de dichas palabras. Por lo que se refiere al párrafo 2 varios miembros apoyaron que la definición de lo que constituía un archivo se encontrara en el cuerpo mismo del artículo destinado a regularlos en lugar de hacerlo en un artículo general sobre definiciones. Algunos de ellos propusieron ampliar en algo el alcance de la definición. Un miembro propuso incluir también en el concepto de archivos los locales donde ellos se conservan, locales que, según dicho miembro, deberían gozar de un grado de protección más elevado que otros locales de las organizaciones internacionales. Otros miembros eran partidarios de ampliar la definición de archivos en el sentido de abarcar tmbién los medios de comunicación modernos tales como los ficheros informáticos, el correo electrónico, los procesadores de palabra, etc. Un miembro propuso sustituir las palabras "se entiende por archivos de las organizaciones internacionales" por las palabras "los archivos de las organizaciones internacionales incluyen...". Otro miembro sugirió que las palabras "se entiende" deberían ser seguidas por la expresión "en particular".

362/ El artículo 12 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

287. Varios miembros se refirieron a la parte del quinto informe relativa a facilidades en materia de publicaciones y comunicaciones. En lo relativo a las publicaciones, dichos miembros, apoyando el enfoque del Relator Especial, señalaron el derecho de que debían gozar las organizaciones internacionales de publicar y hacer circular sus documentos y publicaciones. Se señaló que en lo relativo a las Naciones Unidas, por ejemplo, dicha libertad se desprendía de disposiciones de su Carta y estaba garantizada por la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de 1946. Además dicha Convención establecía que en relación a sus publicaciones las Naciones Unidas estaban exentas de derechos de aduana y de toda restricción o prohibición en materia de importación o exportación, sin perjuicio de que pudieran revender dichas publicaciones.

288. Con referencia específica al artículo 13 363/ presentado por el Relator Especial, un miembro consideró útil señalar a la atención de la Comisión un comentario efectuado por el Subcomité sobre privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, órgano éste del Comité Europeo de Cooperación Jurídica. Según dichos comentarios si bien la distribución de las publicaciones de una organización debería ser facilitada por los Estados miembros, éstos deberían reservarse el derecho de tomar las medidas necesarias para la protección del orden público. Otro miembro pensaba que el artículo 13 podría referirse también a tecnologías muy modernas de difusión, como podrían ser discos magnéticos, disquetes y otros productos de la informática.

289. En lo relativo a facilidades en materia de comunicaciones, varios miembros señalaron la necesidad, en general, para las organizaciones internacionales de disfrutar de una amplia libertad en dicha materia. Sólo de este modo podrían funcionar adecuadamente, propagando y diseminando ideas así como los resultados de las tareas que le fueron encomendadas. Dicha libertad,

---

363/ El artículo 13 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

sin embargo, debía atemperarse por una correcta aplicación del criterio funcional. Por ejemplo, si bien algunas organizaciones como las Naciones Unidas, por la amplitud de sus fines y funciones necesitaban utilizar todos los medios disponibles de comunciación, otras organizaciones de alcance más reducido, no necesitaban realmente recurrir a toda la gama de los medios de comunicación existentes. Estas distinciones eran particularmente importantes en relación con algunos medios de comunicación como estaciones de radio y televisión, por ejemplo. A este respecto, algunos miembros señalaron que entre las funciones útiles que podría cumplir el articulado a preparar, se encontraba la reglamentación de áreas relativamente nuevas como, por ejemplo, el acceso de las organizaciones internacionales a las telecomunicaciones vía satélite. También en relación con las facilidades en materia de comunicaciones algunos miembros recordaron que las Convenciones sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados otorgaban a dichas organizaciones el derecho al uso de correos y valijas diplomáticas. El proyecto adoptado por la Comisión en materia de correos y valijas, sin embargo, estaba limitado a los correos y valijas de Estados aunque un protocolo facultativo permitía hacer extensible el articulado a los correos y valijas de las organizaciones internacionales de carácter universal. Algunos miembros pensaban que, quizás dentro del ámbito del presente tema, la Comisión podría dar algún paso adicional en lo referente a la regulación de dichos correos y valijas.

290. Con especial referencia al artículo 14 364/, un miembro pensaba que su redacción podría simplificarse estableciendo sólo el principio general de que

---

364/ El artículo 14 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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 detinadas 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."

en materia de comunicaciones las organizaciones internacionales recibieran, en el territorio de un Estado parte en la proyectada convención, un trato no menos favorable al otorgado por dicho Estado a cualquier otro gobierno, inclusive a sus misiones diplomáticas. Otro miembro era contrario a la segunda frase del artículo, que supeditaba al consentimiento del Estado huésped la instalación y utilización de una emisora de radio por parte de una organización internacional.

291. Opiniones divergentes fueron expresadas en relación con el artículo 15 propuesto por el Relator Especial 365/. Así, por ejemplo mientras un miembro lo encontraba plenamente aceptable, otro miembro no estaba convencido de la necesidad del artículo. Dicho miembro pensaba que el párrafo 1 era redundante dada la existencia del artículo 12, y que el párrafo 2 era superfluo. Otro miembro propuso suprimir el párrafo 2 y reformular el artículo del modo siguiente: "La correspondencia oficial y otras comunicaciones oficiales concernientes a una organización internacional y sus funciones son inviolables". Siempre en relación con el párrafo 2 del artículo, un miembro pensaba que éste se apartaba del concepto estrictamente funcional, puesto que no bastaba con que la correspondencia y las comunicaciones fueran concernientes a la organización a efectos de ser consideradas oficiales e inviolables. Era preciso que fueran necesarias a la realización de los fines de la organización o que tuvieran relación con dichos fines. Otro miembro, en cambio, criticó a dicho párrafo por no ser lo suficientemente preciso ya que, a su parecer, debería referirse a toda correspondencia o comunicación "expedida por" o "dirigida a" una organización.

365/ El artículo 15 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"Artículo 15

La correspondencia oficial y las demás comunicaciones oficiales de una organización internacional son inviolables.

Se entiende por correspondencia oficial y comunicaciones oficiales toda correspondencia y toda comunicación concerniente a una organización y a sus funciones."

292. En lo relativo al artículo 16 366/, un miembro lo encontró generalmente satisfactorio aunque cuestionó la necesidad de la referencia al correo diplomático que, según dicho miembro, era raramente cumpleado por las organizaciones internacionales. En su opinión dicha cuestión podría ser dejada para la reglamentación de los acuerdos de sede específicos. Otro miembro cuestionó el valor de un artículo que sólo remitía a las disposiciones contenidas en convenciones existentes y no establecía ninguna reglamentación autónoma. En relación con la referencia a las convenciones existentes, otro miembro cuestionó la palabra "vigentes", que consideró inapropiada, pues las convenciones podrían estar vigentes sin ligar por ello a todos los Estados. No podría pretenderse por la vía de este artículo ligar a Estados que no eran parte en dichas convenciones. Otro miembro también cuestionó la remisión a las convenciones multilaterales en vigor, dado que tal cláusula no se encontraba ni en las Convenciones sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas ni en la relativa a los organismos especializados. Estimaba que una remisión más apropiada sería al derecho internacional, tanto más cuanto que en el momento actual no existía aún ninguna convención multilateral sobre el correo diplomático o la valija diplomática aprobada en el plano universal.

366/ El artículo 16 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

293. En lo que respecta al artículo 17 propuesto por el Relator Especial 367/ un miembro lo encontraba enteramente aceptable. Otros miembros, en cambio lo encontraron demasiado restrictivo para los derechos de las organizaciones internacionales y favoreciendo demasiado los intereses de los Estados. Según estos miembros el principio relativo a la protección de la seguridad de los Estados miembros debía se contrabalanceado, en una disposición más equilibrada, con el principio de que los Estados debían respetar y facilitar la consecución de los objetivos de las organizaciones internacionales. Se señaló también por parte de un miembro que la disposición correspondiente de las Convenciones sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados era más favorable en esta materia a las organizaciones internacionales que el artículo 17 propuesto por el Relator Especial.

294. Por lo que respecta al sexto informe del Relator Especial, algunos miembros se refirieron en general a cuestiones relativas a las inmunidades fiscales y las franquicias aduaneras de las organizaciones internacionales. Dichos miembros señalaron que el fundamento último de la inmunidad fiscal de una organización radicaba en el principio de que un Estado huésped no debería obtener un provecho injustificado de la presencia de una organización internacional en su territorio. Un fundamento adicional lo daba la necesidad de que el Estado huésped facilite el cumplimiento de los fines de la organización. En este sentido algunos miembros señalaron el Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas y las Convenciones sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados de 1964 y 1947, respectivamente, como fuentes muy importantes en esta materia. En lo que tenía que ver con las franquicias aduaneras de las organizaciones, se señaló que ellas se basaban en el principio de que las organizaciones debían disfrutar de una cierta independencia a fin de perseguir sus objetivos y

---

367/ El artículo 17 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"Artículo 17

Ninguna de las disposiciones contenidas en el presente capítulo 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."

cumplir con sus funciones. A este respecto se hizo hincapié también en la utilidad de la distinción entre usos oficiales y otros usos a efectos de establecer las limitaciones a que dichas franquicias debían estar sometidas.

295. Con referencia específica al artículo 18 propuesto por el Relator Especial 368/, un miembro, expresando su aprobación, señaló que el mismo constituía una adaptación de las disposiciones pertinentes de las Convenciones sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados. Otro miembro señaló la conveniencia de definir, ya en el artículo, ya en otro lugar del articulado, las palabras "directo" e "indirecto" aplicadas a un impuesto. Otro miembro se mostró partidario de suprimir la última parte del artículo a partir de las palabras "entendiéndose, sin embargo" y de que se redactase un nuevo artículo relativo a la obligación de las organizaciones internacionales de tomar a su cargo los importes relativos a la utilización de servicios de utilidad pública.

296. En relación al artículo 19 369/ un miembro señaló que a diferencia de otros artículos este proyecto se basaba en una disposición similar de la

---

368/ El artículo 18 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

369/ El artículo 19 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

Convención de Viena sobre relaciones consulares. Otro miembro se preguntó en qué consistía la diferencia entre los "servicios de utilidad pública" a que hacía alusión el artículo 18 y los "servicios particulares prestados" a que se refería el párrafo 1 del artículo 19. En caso de que no existiese diferencia alguna, señaló la conveniencia de armonizar ambas disposiciones. Otro miembro pensaba que el párrafo 2 del artículo 19 quizás no fuese necesario ya que se refería no a actividades de una organización sino a las de particulares que contrataban con ella.

297. Acerca del artículo 20 propuesto por el Relator Especial 370/, un miembro señaló la conveniencia de agregar un párrafo adicional el cual podría indicar cuáles medidas de control podría ejercer el Estado huésped a fin de evitar los posibles abusos de las franquicias. Otro miembro sugirió la adición del adverbio "únicamente" antes de las palabras "al uso oficial" a fin de marcar mejor el carácter funcional de las franquicias. En cambio, dicho miembro tenía reservas acerca de las palabras "con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue el Estado huésped" que figuraban en el acápite al artículo, pues pensaba que ellas podrían conducir a abusos por parte de los gobiernos ya que éstos podrían, sin consultar a las organizaciones, promulgar disposiciones restringiendo considerablemente los privilegios acordados a

---

370/ El artículo 20 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"Artículo 20

Las organizaciones internacionales, sus haberes, ingresos y otros bienes, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue el Estado huésped, estarán exentas:

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."

éstas. Otro miembro era de opinión que las disposiciones del párrafo b) del artículo 20, que trataba de las publicaciones, sería más útil incluirlas en el artículo 13 a fin de permitir tratar la cuestión relativa a las publicaciones en un solo artículo.

298. En relación al artículo 21 propuesto por el Relator Especial 371/, varios miembros coincidieron en señalar que la expresión "en principio" contenida en el párrafo 1 carecía de justificación, pues o bien las organizaciones tienen un derecho a la exoneración impositiva de que trata el párrafo o no lo tienen. Dicha expresión tenía además el inconveniente de que daba a los Estados la posibilidad de interpretarla de diversas formas, en favor de ciertas organizaciones y en contra de otras. También criticó un miembro el uso en el párrafo del verbo "reclamar" pues introducía dudas acerca de si las organizaciones tenían o no tenían un derecho a la exoneración impositiva a que se refería el párrafo. Un miembro criticó severamente el párrafo por no establecer claramente la exoneración impositiva en el caso de adquisición o venta de bienes inmuebles por parte de una organización. Señaló dicho miembro que no existía ninguna razón por la cual el Estado huésped debía enriquecerse con el dinero que los otros Estados miembros de la Organización contribuían a su presupuesto. Basándose también en este principio otro miembro señaló que lo único que podría quizás justificar el pago de impuestos al consumo, por parte de una organización, eran razones prácticas relativas a las dificultades de establecer en cada caso el monto de la exoneración.

371/ El artículo 21 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"Artículo 21

1. Las organizaciones internacionales no reclamarán, en principio, la exención de impuestos al consumo, ni de impuesto sobre la venta de bienes muebles e inmuebles incluídos 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."

Dichas dificultades tendían a desaparecer en el caso de compras importantes o en gran cantidad, razón por la cual el párrafo 2 del artículo estaba justificado. A este respecto un miembro señaló su preferencia por el uso del adjetivo "importante" aplicado a las compras a que se refería el párrafo 2 y que había sido usado en algunas versiones lingüísticas del párrafo, en lugar del adjetivo "large" que aparecía en la versión inglesa del mismo.

299. En lo referente al artículo 22 propuesto por el Relator Especial 372/ y que definía el concepto de "actividad oficial" o "uso oficial" a que se referían varios artículos, varios miembros coincidieron en señalar que dicha definición era útil al conjunto del articulado pues establecía el criterio funcional que debía regirlo. Debía pues ser objeto de una disposición más general, en otro lugar del proyecto, de modo que se aplicase al conjunto de las disposiciones del tema. Un miembro subrayó que dicho artículo debería consagrar claramente el principio general de que todos los privilegios e inmunidades de que gozan las organizaciones internacionales les son reconocidos en el marco de sus actividades oficiales así definidas.

300. El Relator Especial se refirió a algunas observaciones específicas formuladas en el curso del debate. Sobre la sugerencia realizada en el sentido de que el proyecto de artículos debería cubrir también lo relativo al respeto y la protección, al emblema, nombre y también, en algunos casos, la bandera de una organización, el Relator señaló que su intención era de la de tratar de dicho asunto al final del proyecto de artículos. No creía que dicha cuestión estuviese necesariamente vinculada a la protección de los archivos, y tenía dudas acerca de si todas las organizaciones internacionales requerían esa protección adicional. La cuestión, sin embargo, merecía ser estudiada. Sobre la sugerencia formulada acerca del artículo 14, en el sentido de que el mismo debería también abarcar áreas relativamente nuevas en materia de

---

372/ El artículo 22 propuesto por el Relator Especial decía lo siguiente:

"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."

comunicaciones como las telecomunicaciones vía satélite, el Relator Especial expresó que tomaba nota de la observación aunque también era cierto que dicho proyecto de artículo ya era lo suficientemente amplio como para abarcarlas, dado que se refería genéricamente a "otras comunicaciones". Acerca del empleo de las palabras "en principio" en el párrafo 1 del artículo 21 el Relator Especial señaló que si bien él también tenía ciertas reservas acerca del uso de dichas palabras, las había incluido en el texto referido porque correspondían a la práctica actual ya que se encontraban, entre otros textos, en la sección 8 del artículo II de la Convención sobre los privilegios e imunidades de las Naciones Unidas y en la sección 10 del artículo III de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados.

301. El Relator Especial añadió que había tomado debida nota de todas las demás útiles observaciones efectuadas en el curso del debate y que el Comité de redacción sería el encargado de plasmarlas en textos que pudiesen recoger un acuerdo general.

Capítulo VII

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A. Introducción

302. Con arreglo al plan general del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, plan aprobado por la Comisión en su 27° período de sesiones, en 1975, la estructura del proyecto debía ser la siguiente: la primera parte versaría sobre el origen de la responsabilidad internacional; la segunda parte tendría por objeto el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional; y una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de las controversias y del modo de "hacer efectiva" ("mise en oeuvre") la responsabilidad internacional 373/.

303. En su 32° período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte de proyecto de artículos, relativa al "Origen de la responsabilidad internacional" 374/.

304. En su 32° período de sesiones, la Comisión también inició el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, sobre "Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional".

305. Desde su 32° período de sesiones, en 1980, hasta su 38° período de sesiones, en 1986, la Comisión recibió siete informes del Relator Especial, Sr. Willem Riphagen 375/ relativos a la segunda parte y la tercera parte del proyecto de artículos. El séptimo informe contenía una sección (que no fue presentada ni examinada en la Comisión) sobre la preparación de la segunda

---

373/ Anuario... 1975, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

374/ Anuario... 1980, vol. II (Segunda parte), págs. 25 a 61, documento A/35/10, cap. III.

375/ Por lo que respecta a los siete informes del Relator Especial, véase Anuario... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330; Anuario... 1981, vol. II (Primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/334; Anuario... 1982, vol. II (Primera parte), pág. 25, documento A/CN.4/354; Anuario... 1983, vol. II (Primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366; y Add.1; Anuario... 1984, vol. II (Primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/380; Anuario... 1985, vol. II (Primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389; y Anuario... 1986, vol. II (Primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

lectura de la primera parte del proyecto de artículos, relativa a los comentarios presentados por escrito por los gobiernos sobre diez de los artículos de la primera parte.

306. Al finalizar su 38° período de sesiones, en 1986, la Comisión había aprobado provisionalmente los artículos 1 a 5 de la segunda parte 376/.

376/ Los artículos de la segunda parte del proyecto aprobados provisionalmente por la Comisión son:

"Artículo 1

La responsabilidad internacional de un Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado produce consecuencias jurídicas según lo dispuesto en la presente parte.

Artículo 2

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y [12], las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate.

Artículo 3

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y [12], las reglas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que no estén previstas en las disposiciones de la presente parte.

Artículo 4

Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 5

1. A los efectos de los presentes artículos, se entiende por "Estado lesionado" cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado, si ese hecho constituye, de conformidad con la primera parte de los presentes artículos, un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

2. En particular, se entiende por "Estado lesionado",

a) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado bilateral, el otro Estado parte en el tratado;

b) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un fallo u otra decisión obligatoria dictada por una corte internacional de justicia o por un tribunal internacional de arbitraje para la solución de una controversia, el otro Estado parte o los otros Estados partes en la controversia y beneficiarios de ese derecho;

c) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de una decisión obligatoria de un órgano internacional que no sea una corte internacional de justicia ni un tribunal internacional de arbitraje, el Estado o los Estados que, de conformidad con el instrumento constitutivo de la organización internacional de que se trate, sean beneficiarios de ese derecho;

d) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace para un tercer Estado de una disposición de un tratado, ese tercer Estado;

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:

i) el derecho ha sido creado o está reconocido en su favor;

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.

3. Asimismo, se entiende por "Estado lesionado", si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional [y en el contexto de los derechos y obligaciones de los Estados en virtud de los artículos 14 y 15], todos los demás Estados."

Los artículos 6 a 16 de la segunda parte 377/ y los artículos 1 a 5 de la tercera parte y su anexo 378/ se habían remitido al Comité de Redacción 379/.

307. La Comisión, en su 39° período de sesiones, en 1987, nombró Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados al Sr. Gaetano Arangio-Ruiz 380/. De 1988 a 1990, la Comisión recibió dos informes del Relator Especial 381/. En sus períodos de sesiones 41°, en 1989, y 42° en 1990, la Comisión remitió al Comité de Redacción los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 correspondientes al capítulo segundo (Consecuencias jurídicas de los delitos internacionales) de la segunda parte del proyecto de artículos 382/.

377/ Véase el texto de los artículos 6 a 16 de la segunda parte en Anuario... 1985, vol. II (Segunda parte), pág. 21, nota 66. Estos artículos fueron remitidos al Comité de Redacción en ese período de sesiones; véase ibid., párr. 162.

378/ Véase el texto de los artículos 1 a 5 de la tercera parte y su anexo en Anuario... 1986, vol. II (Segunda parte), pág. 37, nota 86.

379/ Los cinco artículos de la tercera parte y su anexo fueron remitidos al Comité de Redacción en el 38° período de sesiones, en 1986; véase ibid., párr. 63.

380/ Anuario... 1987, vol. II (Segunda parte), párr. 220.

381/ Documento A/CN.4/416 y Corr.1 (en inglés solamente) y Corr.2, y A/CN.4/416/Add.1 y Corr.1 (en inglés solamente), Corr.2 y Corr.3 (en español solamente); documento A/CN.4/425 y Corr.1 (en inglés solamente) y A/CN.4/425/Add.1 y Corr.1 (en inglés solamente).

382/ Véase el texto de los artículos 6 y 7 en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/44/10)), págs. 193 a 196, párrs. 229 y 230, y el texto de los artículos 8, 9 y 10 en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10)), notas 247, 262 y 263.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

308. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1), pero no pudo, por falta de tiempo, examinar el tema en este período de sesiones. No obstante, la Comisión consideró aconsejable que el Relator Especial presentara su informe, estimando que esa presentación serviría para acelerar su labor sobre el tema en el siguiente período de sesiones.

309. El Relator Especial presentó su tercer informe en la 2238a. sesión de la Comisión. Como el informe no ha sido examinaro todavía por la Comisión, los siguientes párrafos se incluyen a título de información únicamente.

310. El tercer informe del Relator Especial versaba sobre las consecuencias "adjetivas" del hecho internacionalmente ilícito o "contramedidas", es decir, sobre el régimen jurídico de las medidas que podía adoptar un Estado lesionado contra el Estado que había cometido un hecho internacionalmente ilícito y, concretamente, en principio, sobre las medidas aplicables en caso de delito. El Relator Especial indicó que el objeto principal del tercer informe era enumerar los problemas, las opiniones y las distintas soluciones posibles, así como suscitar, tanto en la Comisión como fuera de ella, observaciones y críticas que pudieran servir de base para presentar propuestas más fundadas.

311. El Relator Especial puso de relieve que el régimen jurídico de las contramedidas, que constituía el núcleo de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, era una de las cuestiones más difíciles que se planteaban en relación con este tema. Destacó a este respecto cómo, mientras que en lo concerniente a las consecuencias sustantivas de los hechos ilícitos cabía recurrir al derecho interno para abordar por analogía los problemas similares que se planteaban en la esfera del derecho internacional, en lo relativo a las contramedidas el derecho interno no ofrecía asistencia alguna. La otra dificultad con que se tropezaba en el estudio de las contramedidas era la de la falta, en la colectividad internacional, de recursos institucionalizados que pudieran promoverse contra el Estado que hubiese cometido un <u>delito</u> internacional. Por eso, los Estados lesionados forzosamente dependían en lo esencial, desde el punto de vista del derecho internacional general, de sus propias reacciones unilaterales; y a este respecto, la Comisión de Derecho Internacional tenía que poner sumo cuidado,

al definir las condiciones en que tales reacciones podían ser líticas, en velar por que las desigualdades de hecho entre los Estados no aventajasen indebidamente a los ricos y poderosos en detrimento de los débiles y necesitados.

312. El tercer informe empezaba con un capítulo sobre metodología, en el que se examinaban los términos que en este campo se utilizaban tanto en la doctrina como en la práctica. Esos términos eran la legítima defensa, las sanciones, la retorsión, las represalias, las contramedidas, la reciprocidad y la suspensión y terminación de los tratados. La parte analítica del informe contenía, seguidamente, una exposición más detallada de las condiciones y los límites con arreglo a los cuales un Estado lesionado podía legítimamente adoptar contramedidas, de las relaciones que en derecho internacional general existen entre las contramedidas y los llamados regímenes "autónomos", de la determinación del Estado o los Estados lesionados legitimados para adoptar tales medidas y, finalmente, de las normas de fondo que limitaban el recurso a las contramedidas, como la prohibición de la fuerza, el respeto de los derechos humanos, la inviolabilidad de las personas protegidas y la pertinencia de las normas de jus cogens y las obligaciones erga omnes.

313. El Relator Especial señaló que había divergencia de opiniones con respecto a la cuestión de si las represalias sólo eran legítimas cuando se hubiera cometido efectivamente un hecho ílicito. Algunos mantenían que era preciso que el hecho se hubiera cometido efectivamente, mientras que otros opinaban que era suficiente la creencia de buena fe de que se había cometido el hecho. En lo que se refería al presente tema por lo menos, el Relator Especial señaló que la cuestión ya se había resuelto en la primera parte del proyecto, que presuponía la existencia de un hecho ilícito anterior. En lo concerniente a la finalidad de estas medidas, mencionó las diferencias de opinión entre los tratadistas: los que consideraban los hechos internacionalmente ilícitos fundamentalmente como actos ilícitos "civiles" se inclinaban a considerar la función de las contramedidas como simplemente restitutoria o indemnizatoria, mientras que los que atribuían a los hechos ilícitos un carácter predominantemente "penal" tendían a asignar a tales medidas una función retributiva. A juicio del Relator Especial, las medidas tenían en realidad una doble función, indemnizatoria y retributiva, y prevalecía una u otra según el caso.

314. Señaló asimismo que el fin realmente perseguido por el Estado lesionado al adoptar contramedidas era más o menos pertinente según la naturaleza del hecho ilícito, el alcance del daño y la actitud del Estado autor del hecho lesivo. El régimen de contramedidas debía distinguir entre las medidas destinadas a garantizar una protección provisional o a inducir al Estado autor a aceptar un procedimiento de solución de controversias, o a entablar por lo menos un diálogo diplomático, por una parte, y las tendentes a imponer la cesación del hecho ilícito y obtener reparación, por otra. A juicio del Relator Especial, convendría examinar más a fondo, a la luz de la práctica de los Estados, hasta qué punto el régimen jurídico de las contramedidas debía diversificarse según las funciones y objetivos de éstas. El se inclinaba a apoyar la diversificación, especialmente en lo concerniente a la demanda previa de reparación, la conminación, el cumplimiento de las obligaciones relativas a la solución de controversias y la proporcionalidad.

315. La otra cuestión que se planteaba en el informe era la de la medida en que el legítimo recurso a represalias debía ir precedido de actos de intimación tales como protestas, demandas de cesación y reparación, etc. El Relator Especial advirtió que a este respecto diferían las opiniones de los autores. Con arreglo a una opinión minoritaria, la toma de represalias no exigía desde el punto de vista legal la formulación al Estado culpable de ninguna demanda de cesación o reparación. Distinta era la posición de la teoría clásica de la responsabilidad de los Estados, con arreglo a la cual reparación y cesación eran las consecuencias principales de un hecho internacionalmente ilícito, mientras que las represalias constituían esencial, aunque no exclusivamente, medios coercitivos para lograr esa cesación o reparación. En virtud de esa teoría era natural dar por supuesto que, por regla general, no se podía legítimamente recurrir a actos de represalia sin haber antes presentado vanamente una protesta o una demanda de cesación y reparación. El Relator Especial advirtió que, en lo fundamental, esta última actitud coincidía con la de aquella parte de la doctrina según la cual las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito no eran meramente restitutorias, indemnizatorias o reparativas, sino también retributivas o punitivas. Esos autores compartían asimismo la opinión de que, cualquiera que fuese su función, las represalias no podían tomarse lícitamente a menos que antes se hubiere demandado en vano la cesación o la reparación. El Relator

Especial hizo notar, sin embargo, que los tratadistas preveían ciertas excepciones a esa regla. Algunos estimaban, por ejemplo, que el Estado agraviado podía recurrir legítimamente a represalias sin ninguna diligencia preliminar en caso de dolo por parte del Estado infractor. A juicio del Relator Especial era ésta una cuestión que se debía estudiar más a fondo a la luz de la práctica de los Estados para ver si bastaba la mera codificación de las tendencias existentes o si la Comisión debía proceder en cierta medida al desarrollo progresivo del derecho aplicable en este campo.

316. Como elementos pertinentes para determinar la licitud de las contramedidas se mencionaron otros factores tales como el carácter más o menos "benigno" o, por el contrario, "riguroso" de las contramedidas, los objetivos de protección perseguidos con éstas, el grado de urgencia del remedio, etc. Relacionada con el requisito de demanda previa de reparación estaba la cuestión de las repercusiones de cualesquiera obligaciones existentes del Estado lesionado en relación con los procedimientos de solución de controversias. De lo que se trataba era de saber: si, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 2 y el Artículo 33 de la Carta, el Estado lesionado no debía adoptar contramedidas antes de haber recurrido a uno o varios de los medios enumerados en esta última disposición; si había medidas a las que un Estado lesionado tenía o debía tener derecho a recurrir, como, por ejemplo, medidas provisionales o medidas encaminadas a inducir a la parte contraria a cumplir sus posibles obligaciones en materia de solución de controversias, sin necesidad de haber intentado en vano utilizar los medios de solución; si, y en qué condiciones, en particular, el hecho de que un procedimiento de solución o cuasisolución de diferencias hubiese alcanzado cierta etapa de progreso restringiría la facultad del Estado lesionado de recurrir a determinadas medidas.

317. Otra cuestión acerca de la cual no había encontrado el Relator Especial uniformidad en la práctica de los Estados ni en la doctrina era el problema esencial de la proporcionalidad entre las medidas y el hecho ilícito. Se inclinaba a preferir formulaciones más estrictas del requisito de proporcionalidad que las que se deducían de ciertas sentencias y del artículo propuesto en 1985.

318. El Relator Especial explicó que otra difícil cuestión era la de si el régimen de contramedidas debía ser adaptado en lo concerniente a la suspensión y terminación de los tratados. En este contexto había que estudiar una serie de cuestiones, cuestiones que, sin embargo, debían resolverse exclusivamente

sobre la base de las exigencias del tema, es decir, del régimen de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos, régimen que no debía confundirse con las normas de derecho internacional general relativas a los tratados, en especial el artículo 60 de la Convención de Viena. Una disposición inaplicable era, por ejemplo, la parte de dicho artículo 60 que preveía la suspensión de la aplicación o la terminación de un tratado únicamente en caso de violación grave de sus disposiciones. Otro de los puntos esenciales que había que examinar era la distinción entre tratados bilaterales y tratados multilaterales. Problemas adicionales planteaba la existencia de los llamados regímenes "autónomos", tales como los de los tratados de creación de la Comunidad Europea, los tratados relativos a los derechos humanos, etc. El Relator Especial se inclinaba a creer que, en principio, el régimen general de contramedidas debía ser aplicable como salvaguardia incluso en los casos que se regían por uno de los llamados regímenes "autónomos". Mucho dependería en estos casos de la naturaleza del hecho ilícito, la eficacia del régimen "autónomo", etc.

319. Otra cuestión que había que estudiar era la de la identificación del Estado o de los Estados lesionados que tenían derecho a adoptar contramedidas. El Relator Especial advirtió que, aunque la cuestión se había suscitado en un principio en relación con el artículo 19, sobre crímenes internacionales, y las violaciones de obligaciones erga omnes (en las que había una multitud de Estados lesionados), pronto se había llegado a la conclusión de que el problema también se planteaba con respecto a los delitos. Por otra parte, la cuestión no se refería únicamente a las contramedidas, sino también a las consecuencias sustantivas, a saber, la cesación, la reparación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Creía, en cambio, que quizás no fuera correcto prever una o varias normas generales aplicables a la situación especial de los llamados Estados "no directamente" o "menos directamente" lesionados en lo concerniente a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. Esa situación especial no podía, en efecto, determinarse de modo general, sino sólo in concreto, es decir, en cada caso particular, según la naturaleza y las circunstancias de ese caso, por una parte, y en función de la aplicación de las normas generales por las que se regían el derecho a presentar una demanda de reparación y las condiciones que debían reunirse a este respecto/y de

licitud de las contramedidas (proporcionalidad, demanda previa, tentativa previa de reunir a procedimientos de solución de controversias, etc.). De hecho, el carácter único de la posición de los llamados Estados "indirectamente" lesionados no era probablemente más que una cuestión de grado tanto en lo concerniente a la reparación como a las contramedidas.

320. Otros problemas sumamente importantes y difíciles que había que tratar en el contexto de las contramedidas eran las restricciones de los medios que el Estado o los Estados lesionados podían legítimamente utilizar como contramedidas. El Relator Especial las denominaba "limitaciones sustantivas" o "restricciones" y las había tratado bajo los epígrafes siguientes: prohibición de la fuerza; respeto de los derechos humanos; inviolabilidad de las personas especialmente protegidas, y aplicación de las normas imperativas y de las obligaciones erga omnes.

321. El Relator Especial había encontrado argumentos, tanto en la doctrina predominante como en las decisiones autorizadas de órganos políticos y judiciales internacionales, para la condena de toda forma de contramedida armada. Con todo el contenido del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, esa prohibición había pasado, según esa opinión predominante, a formar parte del derecho internacional general no escrito. A su juicio, no podía, sin embargo, pasarse por alto la persistencia de prácticas y doctrinas que, admitiendo excepciones, comprometían la eficacia de esa prohibición general. Variaban también las opiniones en cuanto a la ilegalidad de la coerción económica. Muchos sostenían que la coerción económica no entraba dentro del ámbito del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, razón por la cual sólo podía condenarse como parte de una norma distinta que prohibía la intervención. El Relator Especial creía que en todo caso ciertas formas extremas de medidas económicas podían caer bajo la prohibición del uso de la fuerza.

322. Otra limitación sustantiva de las contramedidas era, a juicio del Relator Especial, el respeto de los derechos humanos, que comprendía el respeto de los principios humanitarios fundamentales en general. Otras limitaciones sustantivas de la facultad de recurrir a contramedidas, mencionadas por el Relator Especial, eran las derivadas de la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas. A este respecto se refirió el Relator Especial a las distintas opiniones sobre las razones de la exclusión de toda medida de represalia contra los enviados diplomáticos, así como a las opiniones con arreglo a las cuales debían establecerse ciertas distinciones

entre las diversas formas de protección de que disfrutaban esos enviados, ya que algunas de ellas sí podían limitarse a título de represalia. La última limitación sustantiva mencionada por el Relator Especial era la constituida por el jus cogens y las obligaciones erga omnes. Las represalias no podían, en efecto, violar normas imperativas, y así se reconocía, al menos implícitamente, en el artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) de la primera parte del proyecto.

Capítulo VIII

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISION

A. Programa, procedimiento y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

323. La Comisión tomó nota de que, en el párrafo 4 de su resolución 45/41, la Asamblea General había pedido a la Comisión de Derecho Internacional

> "a) Que siga examinando sus métodos de trabajo en todos sus aspectos, teniendo presente que el escalonamiento del examen de algunos temas podría contribuir, entre otras cosas, a que se haga un examen más eficaz de su informe en la Sexta Comisión;
>
> b) Que indique en su informe anual, para cada tema, las cuestiones concretas respecto de las cuales sería particularmente interesante para la continuación de su labor que los gobiernos expresaran sus opiniones, ya sea en la Sexta Comisión o por escrito."

324. La Comisión decidió que estas peticiones se examinaran en relación con el tema 9 de su programa, titulado "Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación".

325. El Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada quedó integrado en la forma que se indica más arriba, en el párrafo 4. Los miembros de la Comisión que no eran miembros del Grupo fueron invitados a participar y algunos de ellos asistieron a las sesiones.

326. El Grupo de Planificación celebró seis sesiones entre el 25 de junio y el 10 de julio de 1991. El Grupo tuvo a su disposición la sección del resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones titulada "Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.4/L.456, párrs. 471 a 500). También tuvo ante sí cierto número de propuestas presentadas por miembros de la Comisión.

327. La Mesa Ampliada examinó el informe del Grupo de Planificación en su segunda sesión, el 5 de julio de 1991. En sus sesiones 2251a. y 2252a., el 19 de julio de 1991, la Comisión, sobre la base de las recomendaciones de la Mesa Ampliada resultantes de los debates celebrados en el Grupo de Planificación, aprobó los siguientes párrafos.

Programa de trabajo a largo plazo

328. De conformidad con el párrafo 544 del informe de la Comisión sobre la labor de su 42° período de sesiones, el Grupo de Trabajo establecido en el 41° período de sesiones para estudiar el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión 383/ concluyó el examen de las cuestiones incluidas en su mandato y presentó su informe al Grupo de Planificación 384/

329. El Grupo de Planificación y después la Comisión tomaron nota del informe y de las recomendaciones en él contenidas.

330. Basándose en ese informe, la Comisión elaboró la siguiente lista de temas de la que se propone seleccionar los temas que hayan de figurar en su programa de trabajo a largo plazo:

a) el derecho de las aguas subterráneas confinadas internacionales
b) la aplicación extraterritorial de la legislación nacional
c) el derecho relativo a las migraciones internacionales
d) la extradición y la asistencia judicial
e) los efectos jurídicos de las resoluciones de las Naciones Unidas.
f) reglamentación jurídica internacional del endeudamiento exterior
g) las condiciones jurídicas de las inversiones de capital y los acuerdos correspondientes
h) disposiciones institucionales relativas al comercio de productos básicos
i) aspectos jurídicos de la protección del medio ambiente de los espacios no sometidos a la jurisdicción nacional (espacios públicos internacionales (global commons))
j) los derechos de las minorías nacionales
k) las comisiones internacionales de investigación (determinación de hechos)
l) los aspectos jurídicos del desarme.

383/ El Grupo de Trabajo estaba integrado por el Sr. Díaz González (Presidente), el Sr. Al-Khasawneh, el Sr. Mahiou, el Sr. Pawlak y el Sr. Tomuschat.

384/ Véase el anexo.

Comité de Redacción

331. Conforme a la petición contenida en el párrafo 11 de la resolución 45/41 de la Asamblea General, la Comisión desea indicar que, de acuerdo con la decisión que había adoptado en su 42° período de sesiones 385/, organizó la labor de su 43° período de sesiones de manera que hubiera al principio del período de sesiones dos semanas de labor concentrada del Comité de Redacción con objeto de poder alcanzar los objetivos que se había fijado para el presente quinquenio.

332. Durante esas dos semanas, del 30 de abril al 10 de mayo, el Comité de Redacción celebró 13 sesiones. El Comité consiguió, mediante un intenso esfuerzo, completar durante esas sesiones la segunda lectura del tema "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes". También dedicó tres de esas sesiones a la formulación de nuevos artículos sobre el tema "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad".

333. Todos los miembros de la Comisión presentes en Ginebra durante las dos primeras semanas de mayo participaron en las sesiones del Comité de Redacción.

Otras cuestiones examinadas en el Grupo de Planificación

334. La Comisión sugiere que, cuando se considere necesario, se aprovechen las posibilidades que ofrece el apartado d) del artículo 16 del Estatuto 386/.

385/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/45/10), párr. 548.

386/ Ese apartado dice lo siguiente:

> "Cuando la Asamblea General pase a la Comisión una propuesta sobre desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión observará el siguiente procedimiento:
>
> ...
>
> d) Podrá designar a algunos de sus miembros para que trabajen con el Relator en la preparación de anteproyectos, en espera de que se reciban las respuestas al cuestionario;
>
> ..."

335. La Comisión entiende que, a tenor de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 16 de su Estatuto, debería procurar coordinar su labor con la de otros organismos de las Naciones Unidas, organizaciones regionales e instituciones científicas que se ocupan de cuestiones incluidas en su actual programa de trabajo. Esa coordinación puede revestir diversas formas, incluido el intercambio de documentación sobre cuestiones pertinentes, la solicitud a esos organismos de las Naciones Unidas que presentasen observaciones sobre cuestiones comprendidas dentro de su esfera de competencia y, en caso necesario y dentro de los límites del presupuesto, la representación mutua en las reuniones que se celebrasen sobre temas similares.

336. La Comisión considera que, a fin de facilitar el examen de su informe y la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, debe dedicar algún tiempo, durante el primer año del próximo mandato de sus miembros, a estudiar la preparación de su informe.

337. La Comisión tomó nota con interés de la información facilitada por el Asesor Jurídico en su declaración de 25 de junio de 1991 sobre los esfuerzos que se están realizando para informatizar la serie de tratados de las Naciones Unidas. La base de datos informatizados que se está preparando ayudará sin duda mucho a la Comisión en el desempeño de su tarea.

Duración del próximo período de sesiones

338. La Comisión desea reiterar su opinión de que las exigencias de la labor de desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, y la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa, hacen aconsejable que se mantenga la duración habitual de los períodos de sesiones. La Comisión desea también destacar que ha utilizado plenamente el tiempo y los servicios puestos a su disposición durante el actual período de sesiones.

Otros asuntos

339. La Comisión examinó las cuestiones planteadas en el párrafo 546 del informe sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones, relativas a la posibilidad de dividir en dos partes el período de sesiones de la Comisión. Sin embargo, como esa propuesta no había sido examinada en detalle en el Grupo de Planificación, se acordó que la cuestión se estudiaría durante el próximo período de sesiones de la Comisión y que, a ser necesario, se solicitaría a la Secretaría un estudio de las consecuencias administrativas y financieras.

B. Cooperación con otros organismos

340. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de abril de 1991 del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en El Cairo, por el Sr. Jiuyong Shi, Presidente de la Comisión, quien asistió al período de sesiones como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano estuvo representado en el período de sesiones en curso de la Comisión por el Secretario General del Comité, Sr. Frank Njenga. El Sr. Njenga dirigió la palabra a la Comisión en su 2233a. sesión, celebrada el 2 de julio de 1991, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

341. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de 1990 del Comité Jurídico Interamericano, celebrado en Río de Janeiro, por el Sr. Carlos Calero Rodrigues, quien asistió al período de sesiones como observador de la Comisión.

342. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de noviembre de 1990 del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo, por el Sr. Pellet, quien asistió al período de sesiones como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica estuvo representado en el período de sesiones en curso de la Comisión por la Sra. Margaret Killerby. La Sra. Killerby dirigió la palabra a la Comisión en su 2237a. sesión, celebrada el 9 de julio de 1991, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

C. Otras actividades de cooperación relacionadas con la labor de la Comisión

343. Un grupo de miembros de la Comisión y otros tratadistas de derecho internacional participaron en un Seminario sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional. El Seminario, que se celebró en Talloires (Francia) del 18 al 20 de mayo de 1991, fue organizado por la Fundación para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional y la Comisión de Derecho Penal Internacional.

344. Algunos miembros de la Comisión y otros juristas especialistas en desarme participaron en las sesiones del Comité de Control de los Armamentos y Derecho del Desarme de la Asociación de Derecho Internacional, celebradas en Ginebra el 7 y el 8 de julio de 1991.

D. Fecha y lugar del 44° período de sesiones

345. La Comisión decidió celebrar su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 4 de mayo al 24 de julio de 1992.

E. Representación en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General

346. La Comisión decidió hacerse representar en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General por su Presidente, el Sr. Abdul G. Koroma 387/.

F. Seminario sobre derecho internacional

347. En cumplimiento de la resolución 45/41 de la Asamblea General, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra organizó durante el período de sesiones en curso de la Comisión la 27a. reunión del Seminario sobre derecho internacional, dedicada a la memoria de Paul Reuter y titulada "Reunión Paul Reuter". El Seminario estaba destinado a estudiantes titulados de derecho internacional y a jóvenes profesores o funcionarios de las administraciones nacionales que en el curso de su trabajo se ocupan de asuntos de derecho internacional.

348. Un Comité de selección presidido por el profesor Christian Dominicé (Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, Ginebra) se reunió el 14 de marzo de 1991 y, después de examinar unas 80 solicitudes de participación en el Seminario, seleccionó a 24 candidatos de nacionalidades diferentes, procedentes en su mayoría de países en desarrollo. Veinte de los candidatos seleccionados, así como cinco titulares de becas del UNITAR, pudieron participar en la reunión del Seminario 388/.

387/ En su 2252a. sesión, el 19 de julio de 1991, la Comisión pidió al Sr. Julio Barboza, Relator Especial del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, que asistiera al cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General durantel el debate sobre este tema.

388/ La lista de participantes en la 27a. reunión del Seminario sobre derecho internacional era la siguiente: Sr. Farouk Al-Attar (República Arabe Siria) (titular de una beca del UNITAR); Sr. Mohamed Bentaja (Marruecos); Sr. Banuera Berina (Kiribati); Sra. Claire Bury (Reino Unido); Sra. Miryam Bustos Sánchez (Colombia); Sr. Miguel Celi Vegas (Perú); Sra. Esther Chibanda (Zimbabwe) (titular de una beca del UNITAR); Sra. Vesna Crnic-Grotic (Yugoslavia); Sr. Thana Duangratana (Tailandia); Sr. John Ejoku Opolot (Uganda); Sra. Celia Feria (Filipinas); Sra. Carmen González Pedrouzo (Uruguay) (titular de una beca del UNITAR);

349. La reunión del Seminario se celebró en el Palacio de las Naciones del 3 al 21 de junio de 1991 bajo la dirección de la Sra. Meike Noll-Wagenfeld, de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Fue inaugurada, en ausencia del Presidente de la Comisión, por su Primer Vicepresidente, el Sr. John Alain Beesley. Durante las tres semanas de la reunión, los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y a conferencias organizadas epecíficamente para ellos.

350. Durante la Reunión Paul Reuter se dedicaron varias conferencias a la memoria de ese gran jurista y antiguo miembro de la Comisión, en las que se intentó reflejar sus múltiples actividades en el campo del derecho internacional. Miembros de la Comisión pronunciaron las siguientes conferencias: Sr. Awn Al-Khasawneh: "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales"; Sr. Alain Pellet: "Moralidad y derecho en las relaciones internacionales (Paul Reuter, un enfoque "moral" del derecho internacional)"; Sr. Emmanuel Roucounas: "Relaciones jurídicas entre organizaciones internacionales, sus Estados miembros y terceros en la obra de Paul Reuter"; Sr. Christian Tomuschat: "La contribución de Paul Reuter a la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero - El primer paso hacia la integración europea". El profesor Jean-Pierre Quéneudec, miembro de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, pronunció una conferencia sobre: "La contribución de Paul Reuter a la labor de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes".

351. Además, miembros de la Comisión pronunciaron varias conferencias sobre otros temas, a saber: Sr. Andreas Jacovides: "La función del derecho internacional en la diplomacia contemporánea"; Sr. Ahmed Mahiou: "Presentación de la Comisión de Derecho Internacional y su obra"; Sr. Stepehen McCaffrey: "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines

---

Sra. Birgit Kofler (Austria); Sr. Malila Mumba (Zambia); Sra. Phoebe Okowa-Bennun (Kenya); Sr. Jorge Rocha Aramburo (Bolivia); Sr. George Sarpong (Ghana); Sra. Sumitra Sripada (India); Sr. Kari Takamaa (Finlandia); Sr. Feleti Teo (Tuvalu); Sr. José Thompson (Costa Rica); Sr. Paul Tiendrebeogo (Burkina Faso); Sr. Puntsagiin Tsagaan (República Popular Mongola) (titular de una beca del UNITAR); Sra. Mary-Lois Vilakazi (Swazilandia) (titular de una beca del UNITAR); y Sr. Marc Weller (Alemania).

distintos de la navegación"; Sr. Luis Solari Tudela: "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad"; Sr. Doudou Thiam: "Problemas de la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional".

352. También pronunciaron conferencias funcionarios del Centro de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, y la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, a saber: Sr. Gudmundur Alfredsson: "El Programa de Derechos Humanos de las Naciones Unidas"; y la Sra. Luoise Doswald-Beck: "Derecho internacional humanitario y derecho internacional público".

353. Como ya es tradicional durante la celebración del Seminario, los participantes disfrutaron de la hospitalidad de la República y el Cantón de Ginebra. En esa ocasión hicieron uso de la palabra el Sr. Bollinger, Jefe de Información del Cantón, y el Sr. J. J. Rosé, Jefe del Servicio de Legislación y Publicaciones Oficiales, quien pronunció una conferencia sobre el sistema constitucional y político de Suiza.

354. Al finalizar la reunión del Seminario, el Sr. Abdul G. Koroma, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, y el Sr. Liviu Bota, en representación del Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, dirigieron la palabra a los participantes. En el curso de esa breve ceremonia cada uno de los participantes recibió un certificado de asistencia a la 27a. reunión del Seminario.

355. El Seminario se financia con contribuciones voluntarias de los Estados Miembros y con becas concedidas por los gobiernos a sus propios nacionales. La Comisión tomó nota con particular satisfacción de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Marruecos, el Reino Unido, Suecia y Suiza habían ofrecido becas a participantes de países en desarrollo mediante contribuciones voluntarias al correspondiente programa de asistencia de las Naciones Unidas. La concesión de esas becas permitió lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes y hacer venir de países lejanos a candidatos de mérito que, de no ser así, no habrían podido participar en la reunión. Este año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 13 participantes y una beca parcial (dietas solamente) a un participante. Así pues, de los 596 participantes admitidos desde el comienzo del Seminario en 1964, que representan a 146 nacionalidades, se han concedido becas a 308 participantes.

356. La Comisión subraya la importancia que atribuye a la reunión del Seminario, que proporciona a los jóvenes juristas designados y especialmente a los procedentes de los países en desarrollo la posibilidad de familiarizarse con los trabajos de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales con sede en Ginebra. La Comisión observa con satisfacción que en 1991 pudieron concederse becas a todos los solicitantes que habían pedido asistencia financiera. Así pues, como se han agotado casi todos los fondos disponibles, la Comisión recomienda que la Asamblea General haga de nuevo un llamamiento a los Estados que estén en condiciones de hacerlo para que aporten las contribuciones voluntarias que se necesitan para la celebración del Seminario en 1992 con la participación más amplia posible.

357. La Comisión observó con satisfacción que en 1991 se habían puesto a disposición del Seminario servicios de interpretación completos y expresó la esperanza de que se hiciera todo lo posible para seguir proporcionando al Seminario en futuras reuniones servicios de igual categoría, pese a las limitaciones financieras existentes.

G. Conferencia en memoria de Gilberto Amado

358. Para honrar la memoria de Gilberto Amado, ilustre jurista brasileño y ex miembro de la Comisión de Derecho Internacional, se decidió en 1971 que se celebrara homenaje a su memoria consistente en una conferencia a la que se invitaría a los miembros de la Comisión, a los participantes en la reunión del Seminario sobre derecho internacional y a otros especialistas en derecho internacional.

359. Las conferencias en memoria de Gilberto Amado han podido celebrarse gracias a las generosas contribuciones del Gobierno del Brasil. Poco después de iniciarse el presente período de sesiones, la Comisión constituyó un comité consultivo oficioso, integrado por el Sr. Carlos Calero Rodrigues, Presidente, el Sr. Francis M. Hayes, el Sr. Andreas Jacovides, el Sr. Abdul Koroma y el Sr. Alexander Yankov, con objeto de que asesorase sobre las medidas necesarias para la celebración de una conferencia en memoria de Gilberto Amado en 1991. La undécima conferencia en memoria de Gilberto Amado, precedida de una cena en memoria de Gilberto Amado, se celebró el 6 de junio de 1991, durante la 27a. reunión del Seminario sobre derecho internacional. La conferencia, pronunciada el 2 de julio de 1991 por el Sr. Francisco Razek, Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil, versó sobre "El derecho internacional, la

diplomacia y las Naciones Unidas a fines del siglo XX". La Comisión espera que, al igual que en ocasiones anteriores, el texto de la conferencia se publique en francés e inglés y pueda ponerse así a disposición del mayor número posible de especialistas en derecho internacional.

360. La Comisión expresó su gratitud al Gobierno del Brasil por sus generosas contribuciones que han permitido la celebración de la conferencia en memoria de Gilberto Amado en 1991. La Comisión pidió a su Presidente que transmitiese la expresión de su gratitud al Gobierno del Brasil.

Anexo

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL PROGRAMA DE TRABAJO A LARGO PLAZO AL GRUPO DE PLANIFICACION

1. De conformidad con el párrafo 544 del informe presentado por la Comisión a la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo se reunió el 12, el 19, el 20 y el 27 de junio y el 4 de julio de 1991 para examinar las cuestiones incluidas en su mandato.

2. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió recomendar al Grupo de Planificación que se incluyeran en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su actual período de sesiones los párrafos siguientes:

> "1. De conformidad con el párrafo 544 del informe presentado por la Comisión a la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo a/ celebró más reuniones con objeto de formular recomendaciones apropiadas sobre las cuestiones incluidas en su mandato (A/45/10, nota 325, párr. 9).
>
> 2. Durante sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo tuvo particularmente en cuenta: a) el artículo 18 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional; b) los párrafos 4 y 5 del preámbulo y el párrafo 4 de la parte dispositiva de la resolución 45/41 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1990, relativos al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones; c) el párrafo 4 de la parte dispositiva de la resolución 45/40 de la Asamblea General de 28 de noviembre de 1990, sobre el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, y los párrafos I (2 y 3), III (1) y V (3) del anexo de la misma resolución sobre el Programa de las actividades que han de comenzar en la primera parte (1990-1992) del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional; d) el informe que acerca de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo se incluía en el informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General en su cuadragésimo quinto período de sesiones (doc. A/45/10, nota 325); e) las opiniones manifestadas por los miembros de la Sexta Comisión acerca de dicho informe sobre los progresos realizados, tal como se reflejaban en el resumen por temas preparado por la Secretaría (A/CN.4/L.456, párrs. 481 a 487); y f) las opiniones manifestadas por los Estados Miembros y las organizaciones internacionales sobre el "Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional" y, en particular, sobre "la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación", tal como se reflejaban en el informe del Secretario General (A/45/430).

---

a/ El Grupo de Trabajo estuvo integrado por el Sr. Díaz González (Presidente), el Sr. Al-Khasawneh, el Sr. Mahiou, el Sr. Pawlak y el Sr. Tomuschat.

3. El Grupo de Trabajo consideró el importante papel desempeñado durante los últimos 45 años por la Comisión de Derecho Internacional en lo concerniente a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y a la transformación de las normas clásicas de derecho internacional consuetudinario en un sistema de normas altamente sistematizadas. El Grupo llegó a la conclusión de que, a pesar de los importantes resultados de fondo ya conseguidos en esta esfera, la complejidad y la variedad de la realidad internacional, así como su evolución y progreso constantes, seguían planteando problemas que exigían solución jurídica internacional.

4. A este respecto, el Grupo de Trabajo opinó que la Comisión de Derecho Internacional, como órgano principal creado por la Asamblea General para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, estaba particularmente capacitada para asumir esa tarea y para aportar de ese modo una importante contribución a los objetivos del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

5. El Grupo de Trabajo estimaba que eran varias las formas en que la Comisión podía hacer realidad esa contribución al Decenio. La primera consistía en terminar sus trabajos sobre los temas actualmente incluidos en su programa. A este respecto, y con referencia especial al tema "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", el Grupo de Trabajo opinó que una contribución especialmente apropiada a los propósitos básicos del Decenio y al reforzamiento del imperio de la ley en las relaciones internacionales sería la preparación por la Comisión de un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional, en el caso de que así lo decidiera la Asamblea General.

6. Por otra parte, la consecución de los objetivos mencionados en el párrafo anterior conduciría necesariamente a una reducción gradual de los temas incluidos en el programa de la Comisión y plantearía la necesidad de encontrar nuevos temas que pudieran incluirse en su programa de trabajo para años venideros. El Grupo de Trabajo opinó que, al hacer sus propuestas sobre nuevos temas a la Asamblea General, la Comisión debía tener particularmente en cuenta los objetivos del Decenio y la conveniencia de hacer lo más eficaz posible la aportación de la Comisión a éste.

7. A este respecto, el Grupo de Trabajo fue del parecer de que los nuevos temas debían responder a las necesidades más apremiantes de la colectividad internacional y que la mayoría de ellos debían ser de carácter predominantemente práctico, más que teórico, y debían poder tratarse en su totalidad en un plazo de pocos años a ser posible dentro del próximo mandato de la Comisión, o durante el resto del Decenio.

8. En vista de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, el Grupo de Trabajo propuso que la Comisión recomendara a la Asamblea General la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de los temas que a continuación se enumeran. Esos temas se han agrupado en cinco epígrafes pero el orden en que aparecen estos epígrafes o los temas dentro de cada uno de ellos no responde a un orden de prioridad concreto."

LISTA DE TEMAS

Derecho económico internacional

- Reglamentación jurídica internacional del endeudamiento exterior
- Las condiciones jurídicas de las inversiones de capital y los acuerdos correspondientes

Aspectos jurídicos de la protección del medio ambiente

- Aspectos jurídicos de la protección del medio ambiente de los espacios no sometidos a la jurisdicción nacional (espacios públicos internacionales (global commons)
- El derecho de las aguas subterráneas confinadas internacionales

Los efectos jurídicos de las resoluciones de las Naciones Unidas

La aplicación extraterritorial de la legislación nacional

Otras cuestiones jurídicas

- El derecho relativo a las migraciones internacionales
- Los derechos de las minorías nacionales
- La extradición y la asistencia judicial
- Las comisiones internacionales de investigación (determinación de hechos)

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Litho in United Nations, New York ISSN 0251-8570 29464-September 1991-800