Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones

2 de mayo a 22 de julio de 1994

Asamblea General
Documentos Oficiales
Cuadragésimo noveno período de sesiones
Suplemento No. 10 (A/49/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones

2 de mayo a 22 de julio de 1994

Asamblea General
Documentos Oficiales
Cuadragésimo noveno período de sesiones
Suplemento No. 10 (A/49/10)



Naciones Unidas · Nueva York, 1994

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, 1994 se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN 0251-8570

ÍNDICE

Capítulo		Párrafos	Página
I.	INTRODUCCIÓN	1 - 22	1
	A. Composición de la Comisión	2 - 3	1
	B. Mesa	4 - 6	2
	C. Comité de Redacción	7 - 10	2
	D. Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	11 - 12	3
	E. Secretaría	13	3
	F. Programa	14 - 15	3
	G. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 46º período de sesiones	16 - 22	4
II.	PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD	23 - 209	7
	A. Introducción	23 - 41	7
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	42 - 209	12
	I. Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	42 - 91	12
	1. Examen del informe del Grupo de Trabajo creado en el 45º período de sesiones	42 - 76	12
	a) Observaciones generales	45 - 48	12
	b) Naturaleza del tribunal	49 - 50	13
	c) Método de creación del tribunal .	51 - 52	14
	d) Relación con las Naciones Unidas .	53 - 55	15
	e) Derecho aplicable	56 - 57	16
	f) Competencia	58 - 60	16
	i) Competencia por razón de la persona	58	16
	ii) Competencia por razón de la materia	59 - 60	16
	g) Aceptación por los Estados de la competencia	61	17

Capítulo		Párrafos	Página
	h) Elección de los magistrados . . .	62	17
	i) Estructura del tribunal	63	17
	j) Ejercicio del derecho a la jurisdicción penal	64 - 66	18
	k) Requisitos del consentimiento de los Estados para la competencia .	67 - 68	18
	l) Acusación	69	19
	m) Entrega del imputado al tribunal .	70	19
	n) Juicio oral	71 - 73	19
	o) Penas	74	20
	p) Reglamento	75	20
	q) Financiación del tribunal	76	20
2.	Restablecimiento del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	77 - 88	20
3.	Homenaje a los Presidentes de los sucesivos grupos de trabajo	89	22
4.	Recomendación de la Comisión	90	22
5.	Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	91	22
PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL			23
Título I.	DE LA CREACIÓN DE LA CORTE		24
Artículo 1.	De la Corte		24
Artículo 2.	De la relación entre la Corte y las Naciones Unidas		24
Artículo 3.	De la sede de la Corte		26
Artículo 4.	De la condición y capacidad jurídicas de la Corte		27

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
Título II.	DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE		27
Artículo 5.	De los órganos de la Corte		27
Artículo 6.	De las condiciones que han de reunir los magistrados y de la elección de los magistrados		28
Artículo 7.	De la provisión de vacantes		30
Artículo 8.	De la Junta de Gobierno		30
Artículo 9.	De las salas		32
Artículo 10.	De la independencia de los magistrados		34
Artículo 11.	De la excusa y recusación de los magistrados		35
Artículo 12.	De la Fiscalía		36
Artículo 13.	De la Secretaría		37
Artículo 14.	De la promesa solemne		38
Artículo 15.	De la separación del cargo		38
Artículo 16.	De los privilegios e inmunidades		39
Artículo 17.	De los estipendios y gastos		40
Artículo 18.	De los idiomas de trabajo		40
Artículo 19.	Del reglamento de la Corte		41
Título III.	DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE		42
Artículo 20.	De los crímenes que son de la competencia de la Corte		46
Artículo 21.	De las condiciones previas al ejercicio de la competencia		53
Artículo 22.	De la aceptación de la competencia de la Corte a los efectos del artículo 21		55
Artículo 23.	De la intervención del Consejo de Seguridad		57

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
Artículo 24.	De las obligaciones de la Corte en materia de competencia		60
Título IV.	DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL		60
Artículo 25.	De la denuncia		60
Artículo 26.	De la investigación de los presuntos crímenes		62
Artículo 27.	Del inicio del procedimiento penal		64
Artículo 28.	De la detención		67
Artículo 29.	De la prisión provisional o la libertad provisional		68
Artículo 30.	De la notificación del auto de procesamiento		70
Artículo 31.	Colaboradores a disposición del Fiscal		71
Título V.	DEL JUICIO ORAL		72
Artículo 32.	Del lugar de celebración del juicio oral		72
Artículo 33.	Del derecho aplicable		72
Artículo 34.	De la impugnación de la competencia		74
Artículo 35.	De las cuestiones de admisibilidad		74
Artículo 36.	Del procedimiento aplicable en el caso de los artículos 34 y 35		75
Artículo 37.	De la presencia del acusado en el juicio oral		76
Artículo 38.	De las funciones y los poderes de la Sala de Primera Instancia		78
Artículo 39.	Del principio de legalidad (nullum crimen sine lege)		81
Artículo 40.	De la presunción de inocencia		82
Artículo 41.	De los derechos del acusado		82
Artículo 42.	Non bis in idem		85

INDICE (continuación)

Capítulo			Párrafos	Página
	Artículo 43.	De la protección del acusado, las víctimas y los testigos		87
	Artículo 44.	Del modo de practicar las pruebas		87
	Artículo 45.	Del quórum y la sentencia		88
	Artículo 46.	De la imposición de la pena		90
	Artículo 47.	De las penas aplicables		90
	Título VI.	DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN		92
	Artículo 48.	De la apelación contra las sentencias o las penas		92
	Artículo 49.	Del procedimiento de apelación		92
	Artículo 50.	De la revisión		94
	Título VII.	DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL		95
	Artículo 51.	De la cooperación y la asistencia judicial		95
	Artículo 52.	De las medidas cautelares		96
	Artículo 53.	Del traslado del inculpado para ponerlo a disposición de la Corte		97
	Artículo 54.	De la obligación de conceder la extradición o de incoar un proceso penal		100
	Artículo 55.	Del principio de especialidad		101
	Artículo 56.	De la cooperación con los Estados que no sean partes en el Estatuto		102
	Artículo 57.	De las comunicaciones y de la documentación		102
	Título VIII.	DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS		103
	Artículo 58.	Del reconocimiento de las sentencias		103
	Artículo 59.	De la ejecución de las penas		104
	Artículo 60.	Del indulto, la libertad condicional o la conmutación de penas		105

INDICE (continuación)

Capítulo			Párrafos	Página
	Anexo:	Crímenes previstos en tratados		106
	Apéndice I:	Posibles cláusulas de un tratado en que se incluya el proyecto de estatuto		110
	Apéndice II:	Disposiciones pertinentes de los tratados mencionados en el anexo		112
	Apéndice III:	Esbozo de las posibles modalidades para el establecimiento de relaciones entre una corte penal internacional permanente y las Naciones Unidas		121
II.	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad . .		92 - 209	125
III.	EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN		210 - 222	151
A.	Introducción		210 - 218	151
B.	Recomendación de la Comisión		219	152
C.	Homenaje al Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock		220 - 221	152
D.	Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas		222	153
	Parte I.	INTRODUCCIÓN		153
	Artículo 1.	Ámbito de aplicación de los presentes artículos		153
	Artículo 2.	Términos empleados		155
	Artículo 3.	Acuerdos de curso de agua		160
	Artículo 4.	Partes en acuerdos de curso de agua		166
	Parte II.	PRINCIPIOS GENERALES		169
	Artículo 5.	Utilización y participación equitativas y razonables		169

INDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
Artículo 6.	Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable		179
Artículo 7.	Obligación de no causar daños sensibles		183
Artículo 8.	Obligación general de cooperación		190
Artículo 9.	Intercambio regular de datos e información		194
Artículo 10.	Relación entre las diferentes clases de usos		199
Parte III.	MEDIDAS PROYECTADAS		201
Artículo 11.	Información sobre las medidas proyectadas		201
Artículo 12.	Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial		202
Artículo 13.	Plazo para responder a la notificación		208
Artículo 14.	Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta		209
Artículo 15.	Respuesta a la notificación		210
Artículo 16.	Falta de respuesta a la notificación		211
Artículo 17.	Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas		212
Artículo 18.	Procedimientos aplicables a falta de notificación		215
Artículo 19.	Ejecución urgente de las medidas proyectadas		216
Parte IV.	PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN		218
Artículo 20.	Protección y preservación de los ecosistemas		218
Artículo 21.	Prevención, reducción y control de la contaminación		225
Artículo 22.	Introducción de especies extrañas o nuevas		231

Capítulo			Párrafos	Página
	Artículo 23.	Protección y preservación del medio marino		233
	Artículo 24.	Gestión		234
	Artículo 25.	Regulación		237
	Artículo 26.	Instalaciones		240
	Parte V.	EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA		242
	Artículo 27.	Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos		242
	Artículo 28.	Casos de urgencia		244
	Parte VI.	DISPOSICIONES DIVERSAS		247
	Artículo 29.	Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado		247
	Artículo 30.	Procedimientos indirectos		248
	Artículo 31.	Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales		249
	Artículo 32.	No discriminación		250
	Artículo 33.	Solución de controversias		252
	RESOLUCIÓN SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS TRANSFRONTERIZAS			256
IV.	RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS		223 - 353	257
	A.	Introducción	223 - 228	257
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	229 - 353	258
		1. La cuestión de las consecuencias de actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	230 - 346	259
		a) La distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	234 - 260	259
		i) El concepto de crimen	234 - 236	259
		ii) La cuestión del fundamento jurídico y político del concepto de crimen	237 - 238	260

Capítulo		Párrafos	Página
	iii) El tipo de responsabilidad entrañaba infracciones calificadas de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	239 - 245	261
	iv) Necesidad de un concepto de crimen: otros posibles enfoques .	246 - 251	263
	v) La definición del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	252 - 260	264
	b) Cuestiones suscitadas y preguntas formuladas por el Relator Especial en sus informes quinto y sexto como pertinentes para la elaboración de un régimen de responsabilidad de los Estados por crímenes	261 - 319	266
	i) ¿Quién determinará que se ha cometido un crimen?	261 - 267	266
	ii) Las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen	268 - 288	268
	iii) Las consecuencias punitivas del concepto de crimen	289 - 295	272
	iv) La función de las Naciones Unidas en la determinación de la existencia y las consecuencias de un crimen	296 - 314	274
	v) Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre circunstancias que excluyen la ilicitud	315 - 316	277
	vi) La obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de un crimen	317 - 318	278
	vii) La obligación general de no ayudar a un Estado "criminal"	319	278
	c) Las vías de actuación abiertas a la Comisión	320 - 324	278
	d) Conclusiones del Relator Especial sobre el debate	325 - 343	280

Capítulo		Párrafos	Página
	e) Opiniones expresadas después de formular el Relator Especial sus conclusiones sobre el debate	344 - 346	284
	2. Disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados	347 - 353	285
V.	RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL	354 - 381	288
	A. Introducción	354 - 359	288
	B. Examen del tema en el presente período de sesiones	360 - 379	291
	1. Proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45º y 46º de la Comisión	360 - 361	291
	2. El décimo informe del Relator Especial presentado en el actual período de sesiones	362 - 379	292
	a) La prevención ex post	364 - 365	292
	b) La responsabilidad	366 - 378	294
	i) Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil	367 - 369	294
	ii) La responsabilidad civil	370 - 378	296
	a. La responsabilidad del explotador	371	296
	b. La obligación de tomar seguro	372	298
	c. Tribunal competente	373	298
	d. La aplicación de la ley nacional sin discriminación .	374	299
	e. La causalidad	375	300
	f. Ejecutoriedad de la sentencia	376	300

ÍNDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
	g. Exenciones de la responsabilidad	377	301
	h. Régimen de la prescripción .	378	302
	c) Las vías de procedimiento	379	303
C.	Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional	380 - 381	303
	1. Texto del proyecto de artículos provisionalmente aprobado por la Comisión hasta la fecha en primera lectura	380	303
	2. Texto del proyecto de artículos 1, 2 (párrafos a), b) y c)), 11 a 14 bis [20 bis], 15 y 16 bis y 17 a 20, con sus correspondientes comentarios, provisionalmente aprobado por la Comisión en su 46º período de sesiones	381	308
	Comentario general		308
	[Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES]		310
	Artículo 1. Ámbito de aplicación de los presentes artículos		310
	Comentario		310
	Artículo 2. Términos empleados		317
	Comentario		317
	[Capítulo II. PREVENCIÓN]		320
	Artículo 11. Autorización previa		320
	Comentario		320
	Artículo 12. Determinación del riesgo		321
	Comentario		322
	Artículo 13. Actividades preexistentes		326
	Comentario		326

ÍNDICE (continuación)

Capítulo		Párrafos	Página
	Artículo 14. Medidas para prevenir o aminorar el riesgo		328
	Comentario		328
	Artículo 14 bis [20 bis]. No transferencia del riesgo		331
	Comentario		331
	Artículo 15. Notificación e información		333
	Comentario		333
	Artículo 16. Intercambio de información		335
	Comentario		336
	Artículo 16 bis. Información al público		337
	Comentario		337
	Artículo 17. Seguridad nacional y secretos industriales		339
	Comentario		339
	Artículo 18. Consultas sobre medidas preventivas		340
	Comentario		340
	Artículo 19. Derechos del Estado que puede verse afectado		343
	Comentario		344
	Artículo 20. Factores del equilibrio equitativo de intereses		345
	Comentario		346
VI.	OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN .	382 - 418	349
A.	La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados	382	349
B.	La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas	383	349
C.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	384 - 402	349

Capítulo		Párrafos	Página
D.	Cooperación con otros organismos	403 - 405	353
E.	Fecha y lugar del 47º período de sesiones . .	406	353
F.	Representación en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público (Nueva York, 13 a 17 de marzo de 1995)	407	354
G.	Seminario de Derecho Internacional	408 - 418	354

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

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 46º período de sesiones en su sede permanente, en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 2 de mayo al 22 de julio de 1994.

A. Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Husain Al-Baharna (Bahrein)
Sr. Awn Al-Khasawneh (Jordania)
Sr. Gaetano Arangio-Ruiz (Italia)
Sr. Julio Barboza (Argentina)
Sr. Mohamed Bennouna (Marruecos)
Sr. Derek William Bowett (Reino Unido)
Sr. Carlos Calero Rodrigues (Brasil)
Sr. James Crawford (Australia)
Sr. John de Saram (Sri Lanka)
Sr. Gudmundur Eiriksson (Islandia)
Sr. Nabil Elaraby (Egipto)
Sr. Salifou Fomba (Malí)
Sr. Mehmet Güney (Turquía)
Sr. Qizhi He (China)
Sr. Kamil Idris (Sudán)
Sr. Andreas Jacovides (Chipre)
Sr. Peter Kabatsi (Uganda)
Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonesia)
Sr. Ahmed Mahiou (Argelia)
Sr. Vaclav Mikulka (República Checa)
Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabón)
Sr. Alain Pellet (Francia)
Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India)
Sr. Edilbert Razafindralambo (Madagascar)
Sr. Patrick Lipton Robinson (Jamaica)
Sr. Robert Rosenstock (Estados Unidos)
Sr. Alberto Szekely (México)
Sr. Doudou Thiam (Senegal)
Sr. Christian Tomuschat (Alemania)
Sr. Edmundo Vargas Carreño (Chile)
Sr. Vladlen Vereshchetin (Federación de Rusia)
Sr. Francisco Villagrán Kramer (Guatemala)
Sr. Chusei Yamada (Japón)
Sr. Alexander Yankov (Bulgaria).

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

B. Mesa

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

Presidente:	Sr. Vladlen Vereshchetin
Primer Vicepresidente:	Sr. Chusei Yamada
Segundo Vicepresidente:	Sr. Francisco Villagrán Kramer
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Derek William Bowett
Relator:	Sr. Peter Kabatsi

5. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa 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 2330ª sesión, celebrada el 4 de mayo de 1994 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: Sr. Chusei Yamada (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Carlos Calero Rodrigues, Sr. John de Saram, Sr. Gudmundur Eiriksson, Sr. Salifou Fomba, Sr. Mehmet Güney, Sr. Andreas Jacovides, Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, Sr. Ahmed Mahiou, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Edilbert Razafindralambo, Sr. Robert Rosenstock, Sr. Doudou Thiam, Sr. Christian Tomuschat, Sr. Edmundo Vargas Carreño, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Alexander Yankov. El Sr. Alain Pellet fue miembro ex officio, como Presidente del Grupo de Trabajo encargado de examinar la contribución de la Comisión al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

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

C. Comité de Redacción

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

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

---

[1] A saber: el Sr. Julio Barboza, el Sr. Doudou Thiam, el Sr. Christian Tomuschat y el Sr. Alexander Yankov.

[2] A saber: el Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, el Sr. Julio Barboza, el Sr. Robert Rosenstock y el Sr. Doudou Thiam.

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

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

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

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

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

E. Secretaría

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

F. Programa

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

1. Vacantes imprevistas en la Comisión.

2. Organización de los trabajos del período de sesiones.

3. Responsabilidad de los Estados.

4. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

5. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

7. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentos de la Comisión.

8. Cooperación con otros organismos.

9. Fecha y lugar de celebración del 47º período de sesiones.

10. Otros asuntos.

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

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

16. En su 46º período de sesiones la Comisión logró progresos importantes en dos temas de su programa: aprobó un proyecto de estatuto de una corte penal internacional, que constaba de 60 artículos con los comentarios correspondientes, y concluyó el examen del tema "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación", aprobando en segunda lectura un conjunto completo de artículos.

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

---

[3] Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10). El informe fue examinado en las sesiones 2339ª a 2343ª, celebradas entre el 3 y el 9 de mayo de 1994.

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

[5] Véase más abajo el capítulo II, sección B I.

18. En el marco del mismo tema, la Comisión inició la segunda lectura del proyecto de código aprobado en primera lectura en su 43º período de sesiones (1991). Tuvo ante sí el 12º informe del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam (A/CN.4/460 y Corr.1), que abarcaba los proyectos de artículos 1 a 15[6]. Tras examinar estos artículos en sesión plenaria, la Comisión los remitió al Comité de Redacción[7].

19. La Comisión examinó el tema "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación" sobre la base del segundo informe del Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock (A/CN.4/462 y Corr.1 (en español solamente))[8]. El informe contenía, además de unas pocas enmiendas a los artículos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior, nuevos textos propuestos por el Relator Especial para los artículos aún no examinados por el Comité de Redacción, a saber, los artículos 7 y 8 a 32, así como un nuevo proyecto de artículo sobre la solución de las controversias. La Comisión remitió esos proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción, aprobó en segunda lectura un conjunto completo de proyectos de artículos sobre el tema y una resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas[9]. También decidió[10] recomendar a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, y recomendar la elaboración de una convención por la Asamblea o por una conferencia internacional de plenipotenciarios, sobre la base del proyecto de artículos[11].

20. Por lo que respecta al tema "Responsabilidad de los Estados", la Comisión examinó: 1) el capítulo II del quinto informe (A/CN.4/453/Add.2 y 3) y el capítulo III del sexto informe (A/CN.4/461/Add.1) del Relator Especial, Sr. Gaetano Arangio Ruiz, dedicados ambos a la cuestión de las consecuencias de los actos internacionalmente ilícitos caracterizados como crímenes con arreglo al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos[12]; y 2) el capítulo II del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/461 y Add.2 y Corr.1) que presentaba un reexamen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas previstas en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados[13]. Sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción

---

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

[7] Véase más abajo el capítulo II, sección B II.

[8] El informe fue examinado en las sesiones 2334ª a 2338ª, celebradas entre el 9 y el 16 de mayo de 1994.

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

[10] La decisión se adoptó en la 2362ª sesión, celebrada el 8 de julio de 1994.

[11] Véase más abajo el capítulo III.

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

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

presentadas por el Comité en los períodos de sesiones anterior y actual[14], la Comisión aprobó provisionalmente los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)[15]. La Comisión no tomó medidas con respecto al artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas) en la presente etapa y decidió que quizá tuviera que volver a examinar el artículo 11 habida cuenta del texto que finalmente aprobara para el artículo 12[16].

21. En lo que respecta al tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", la Comisión tuvo ante sí el décimo informe (A/CN.4/459) del Relator Especial, Sr. Julio Barboza. El informe fue presentado por el Relator Especial[17] pero su examen fue aplazado hasta el próximo año. Sobre la base de las recomendaciones del Comité de Redacción presentadas por el Comité en los períodos de sesiones anterior y actual, la Comisión aprobó provisionalmente los artículos 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos) y los párrafos a), b) y c) del artículo 2 (Términos empleados), así como los artículos que constituían un conjunto completo de disposiciones sobre la prevención, es decir: el artículo 11 (Autorización previa), el artículo 12 (Determinación del riesgo), el artículo 13 (Actividades preexistentes), el artículo 14 (Medidas para prevenir o aminorar el riesgo), el artículo 14 bis [20 bis] (No transferencia del riesgo), el artículo 15 (Notificación e información), el artículo 16 (Intercambio de información), el artículo 16 bis (Información al público), el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), el artículo 18 (Consultas sobre medidas preventivas), el artículo 19 (Derechos del Estado que puede verse afectado) y el artículo 20 (Factores del equilibrio de intereses)[18],[19].

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

---

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

[15] Para el texto de estos artículos véase más abajo la nota a pie de página 362.

[16] Véase más abajo el capítulo IV.

[17] En la 2351ª sesión, celebrada el 10 de junio de 1994.

[18] Las recomendaciones del Comité de Redacción fueron examinadas en las sesiones 2362ª a 2366ª, celebradas entre el 8 y el 13 de julio de 1994.

[19] Véase más abajo el capítulo V.

Capítulo II

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

A. Introducción

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

24. Basándose en los informes del Relator Especial, la Comisión: 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[20].

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

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

27. El 10 de diciembre de 1981, en su resolución 36/106, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y a que lo examinase con el grado de prioridad requerido con objeto de revisarlo, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional[21].

---

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

[20] Yearbook ... 1950, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, y Yearbook ... 1954, vol. II, págs. 150 a 152, documento A/2673. El texto de los principios y del proyecto de código figura también en el Anuario ... 1985, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 8, documento A/40/10, párrs. 45 y 18.

[21] 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 de la manera siguiente: "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind".

28. En su 34º período de sesiones, de 1982, la Comisión nombró Relator Especial encargado de este tema al Sr. Doudou Thiam[22]. De su 35º período de sesiones, en 1983, a su 43º período de sesiones, en 1991, la Comisión recibió nueve informes del Relator Especial[23].

29. En su 43º período de sesiones, en 1991, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura el proyecto de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[24]. En el mismo período de sesiones la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir el proyecto de artículos, 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 1º de enero de 1993 a más tardar[25]. La Comisión señaló que el proyecto cuyo examen había terminado en primera lectura constituía la primera parte de sus trabajos sobre el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y que seguiría cumpliendo, en sus siguientes períodos de sesiones, el mandato que le había conferido la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, que invitaba a la Comisión a que, al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, considerase de nuevo y analizase las cuestiones que se planteaban en su informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional[26].

30. En su cuadragésimo sexto período de sesiones, la Asamblea General, en su resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, invitó a la Comisión a que, en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, siguiera examinando y analizando las cuestiones planteadas en su informe sobre su 43º período de sesiones (1991)[27] en relación con el

---

[22] Véase una exposición detallada de los antecedentes del tema en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10, (A/38/10)), párrs. 26 a 41.

[23] 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 Add.1; Anuario ... 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/430 y Add.1; Anuario ... 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1 y Corr.1.

[24] Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/46/10), párr. 173.

[25] Ibíd., párr. 174.

[26] Ibíd., párr. 175. La Comisión señaló que ya había comenzado a dar cumplimiento a este mandato y que los trabajos que a este respecto había efectuado se recogían en los párrafos 106 a 165 de su informe (Ibíd.).

[27] Ibíd., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10, (A/45/10), cap. II, secc. C.

establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional, a fin de que la Asamblea General pudiera proporcionar orientación a este respecto.

31. En su 44º período de sesiones, en 1992, la Comisión dispuso del décimo informe del Relator Especial sobre este tema (A/CN.4/442), que estaba enteramente dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Después de haber examinado el informe del Relator Especial, la Comisión decidió crear un Grupo de Trabajo que siguiera estudiando y analizando las principales cuestiones planteadas en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones en 1990 en relación con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. En su labor, el Grupo de Trabajo tendría en cuenta las cuestiones planteadas por el Relator Especial en sus informes noveno (segunda parte) (A/CN.4/435 y Add.1 y Corr.1) y décimo (A/CN.4/442), a la luz de los debates celebrados al respecto en la Comisión durante el actual y los anteriores períodos de sesiones. El Grupo de Trabajo elaboraría asimismo recomendaciones concretas sobre las diversas cuestiones que estudiara y analizara en el marco de su mandato[28].

32. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo preparó para la Comisión un informe que contenía un resumen con recomendaciones concretas, el texto completo del informe, en el que se examinaban y analizaban diversas cuestiones relativas al posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional, y un apéndice[29]. La estructura sugerida en el informe del Grupo de Trabajo consistía esencialmente en un tribunal penal internacional creado por medio de un estatuto incorporado a un tratado multilateral concertado entre los Estados Partes, tribunal que, por lo menos al comienzo de sus actividades, sólo tendría competencia respecto de los particulares. Esta competencia se limitaría a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, entre ellos el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, después de su aprobación y entrada en vigor, pero sin reducirse a éste. Los Estados podrían adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el código. El tribunal sería fundamentalmente un medio puesto a disposición de los Estados Partes en su estatuto (y también, en determinadas condiciones, de otros Estados), que podría actuar cuándo y tan pronto como fuese requerido para ello, y que, por lo menos al comienzo de sus actividades, no ejercería una jurisdicción obligatoria ni sería un órgano permanente. Por otra parte, fuera cual fuere la estructura concreta del tribunal u otro mecanismo (opción esta última que se examinó asimismo y acerca de la cual se hicieron sugerencias), debería asegurar las garantías procesales, la independencia y la imparcialidad de sus procedimientos[30].

33. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de que con el examen de los informes noveno y décimo del Relator Especial y del informe del Grupo de Trabajo había terminado su tarea de análisis de "la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional"

---

[28] Ibíd., cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/47/10), párr. 98.

[29] Ibíd., párr. 99 y anexo.

[30] Ibíd., párr. 11 y párr. 396 del anexo.

que le había confiado la Asamblea General en 1989[31]; que una estructura creada conforme a los criterios indicados en el informe del Grupo de Trabajo podía ser un sistema viable; que la labor ulterior sobre la cuestión requería un mandato renovado de la Asamblea General para redactar un estatuto y que correspondía a la Asamblea decidir si la Comisión debía preparar el proyecto relativo a una jurisdicción penal internacional y sobre qué bases[32].

34. En los párrafos 4, 5 y 6 de su resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General tomó nota con reconocimiento del capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/47/10), titulado "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", que versaba sobre la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional; invitó a los Estados a que presentasen al Secretario General, de ser posible antes del 45º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional; y pidió a la Comisión que prosiguiera su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la Sexta Comisión, con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presentase un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones.

35. En su 45º período de sesiones, la Comisión dispuso del 11º informe del Relator Especial sobre el tema (A/CN.4/449, y Corr.1 (en inglés solamente)), totalmente dedicado a la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Dispuso también, en el documento A/CN.4/448 y Add.1, de los comentarios y observaciones presentados por los gobiernos, en respuesta a la petición formulada por la Comisión en su 43º período de sesiones, sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura en ese período de sesiones[33]; y, en el documento A/CN.4/452 y Add. 1 y 2, de los comentarios presentados por los gobiernos acerca del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional[34], de conformidad con la invitación contenida en el párrafo 5 de la resolución 47/33 de la Asamblea General.

36. Después de haber examinado el informe del Relator Especial, la Comisión decidió que volviera a reunirse el Grupo de Trabajo que había creado en su anterior período de sesiones y decidió también que el nombre de ese grupo de trabajo fuera en lo sucesivo "Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional". El mandato dado por la Comisión al Grupo de

---

[31] Ibíd., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/45/10), párrs. 93 a 158, especialmente párr. 100.

[32] Ibíd., cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/47/10), párrs. 11 y 104.

[33] Véase más arriba, párr. 29.

[34] Véase más arriba, párrs. 31 y 32.

Trabajo fue el previsto en los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992[35].

37. El Grupo de Trabajo mencionado en el párrafo anterior sometió un informe que se acompañó como anexo al informe de la Comisión[36].

38. La Comisión estimó que el informe del Grupo de Trabajo suponía un avance considerable con respecto al del Grupo de Trabajo de 1992 sobre el mismo tema, presentado a la Asamblea General en su cuadragésimo séptimo período de sesiones[37]. El nuevo informe hacía hincapié en la elaboración de un proyecto de artículos amplio y sistemático, con breves comentarios. Aunque la Comisión no pudo examinar detenidamente durante su período de sesiones los artículos propuestos y proceder a su adopción, estimó que, en principio, el proyecto de artículos ofrecía una base para su examen por la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones[38].

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

40. En los párrafos 4, 5, 6 y 8 de su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, la Asamblea General tomó nota con reconocimiento del capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional titulado "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", dedicado a la cuestión de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional; invitó a los Estados a que presentaran al Secretario General, para el 15 de febrero de 1994 a más tardar y de conformidad con lo solicitado por la Comisión, sus observaciones por escrito respecto del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional; y pidió a la Comisión que prosiguiera su labor sobre esta cuestión con carácter prioritario, con miras a elaborar un proyecto de estatuto, de ser posible en su 46º período de sesiones en 1994, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como las observaciones escritas recibidas de los Estados; y pidió a la Comisión que reanudara en su 46º período de sesiones el examen del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

41. De conformidad con la resolución mencionada en el párrafo anterior, la sección del presente informe dedicada al examen del tema en el actual período de sesiones se dividirá en dos subsecciones, a saber:

---

[35] Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), párrs. 96 y 97.

[36] Ibíd., anexo.

[37] Ibíd., A/47/10, párrs. 339 a 557.

[38] Ibíd., A/48/10, párr. 99.

[39] Ibíd., párr. 100.

I) Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional; y

II) Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

I. Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

1. Examen del informe del Grupo de Trabajo creado en el 45º período de sesiones

42. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, que acompañaba como anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior (1993)[40]; de las observaciones de los gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[41]; y del capítulo B del resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en el cuadragésimo octavo período de sesiones, preparado por la Secretaría, relativo al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones[42].

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

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

a) Observaciones generales

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

---

[40] Ibíd., anexo.

[41] Documento A/CN.4/458 y Add.1 a 8.

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

[43] Véase más arriba la nota 40.

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

47. Se formularon diversas observaciones sobre el enfoque general que debía adoptar la Comisión en la continuación de su labor sobre el proyecto de estatuto, y algunos miembros destacaron que seguían siendo pertinentes los principios que habían orientado la labor de la Comisión y los instrumentos relativos al tribunal especial, otros pidieron un enfoque más ambicioso y otros aconsejaron un enfoque más prudente y paulatino. Mientras que algunos miembros estimaban que el proyecto de estatuto y las normas del tribunal especial debían recibir especial atención al ocuparse de cuestiones análogas en relación con un tribunal permanente, otros miembros advirtieron de que no debía darse demasiada importancia a esos instrumentos, teniendo en cuenta las diferencias esenciales entre las dos instituciones.

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

b) Naturaleza del tribunal

49. Por lo que se refiere al artículo 4, algunos miembros estimaron que esa disposición lograba encontrar el equilibrio adecuado, al prever un tribunal que se reuniría cuando fuera necesario para conocer de algún asunto que se le sometiera, pero otros miembros creían que ese enfoque no estaba a la altura de la tarea confiada a la Comisión de preparar un estatuto para un tribunal permanente con la objetividad necesaria para juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes graves. Otros miembros consideraron que incumbía a los Estados decidir entre la adopción de la solución, más práctica, de un órgano permanente no reunido continuamente, y la alternativa, más conveniente desde el punto de vista de la justicia penal, de un órgano en sesión permanente. Se sugirió que el proyecto de estatuto podría combinar los dos enfoques, previendo el sistema

actual, realista y pragmático, pero considerando también la posibilidad de que, a largo plazo, el tribunal sesionara permanentemente, como forma de fomentar la uniformidad y de favorecer el desarrollo del derecho.

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

c) Método de creación del tribunal

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

ese tribunal con las Naciones Unidas, era una cuestión política que debían decidir los Estados, y que tanto el Estatuto como el comentario debían recoger las diversas posibilidades.

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

d) Relación con las Naciones Unidas

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

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

55. Se expresó la opinión de que las relaciones entre el tribunal propuesto y las Naciones Unidas debían determinarse como cuestión preliminar, ya que

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

e) Derecho aplicable

56. Se expresó la opinión de que la relación entre el derecho sustantivo que debería aplicar el tribunal y el derecho procesal que representaba el estatuto había recibido una atención insuficiente. No debía confundirse el problema del derecho sustantivo con el del derecho procesal que actualmente incorporaba el estatuto, y la cuestión de determinar el derecho aplicable requería el examen de un derecho sustantivo que no podía incluirse debidamente en el estatuto porque aún continuaba la imprecisión sobre las normas de derecho sustantivo que debían aplicarse. Algunos miembros estimaron que los problemas del derecho aplicable y de la competencia por razón de la materia podrían resolverse terminando el Código y, en consecuencia, sugirieron que se acelerasen los trabajos en ese proyecto. Sin embargo, otros miembros creían que el tribunal debía aplicar las convenciones existentes y las disposiciones pertinentes del derecho nacional promulgado en aplicación de esas convenciones, como preveía el actual proyecto de estatuto, al menos en la etapa inicial de sus trabajos. Se sugirió que el estatuto debía redactarse de tal forma que no excluyera la futura aplicación del Código.

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

f) Competencia

i) Competencia por razón de la persona

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

ii) Competencia por razón de la materia

59. Se formularon varias observaciones en relación con la complejidad de las disposiciones sobre competencia por razón de la materia y la necesidad de simplificarlas para hacerlas más comprensibles, y de distinguir entre la competencia por razón de la materia y la atribución de competencia. Hubo diversas sugerencias para modificar la lista de tratados contenida en el artículo 22, entre ellas la de reducir esa lista para que abarcase sólo las

convenciones multilaterales ampliamente aceptadas sobre crímenes graves que afectaran a todos los Estados; su ampliación a otros tratados, como la Convención contra la Tortura; y la inclusión de una disposición que facilitase la adición de tratados que pudieran concertarse o entrar en vigor en el futuro. Se suscitaron algunas cuestiones sobre la lógica y la utilidad de mantener la distinción establecida entre las dos categorías de tratados y sobre si el criterio de la competencia en el caso de infracciones excepcionalmente graves no debía aplicarse a todas las convenciones. Se observó que la decisión final sobre la lista de tratados era una cuestión que tendrían que decidir los Estados, posiblemente en una conferencia diplomática futura.

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

g) Aceptación por los Estados de la competencia

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

h) Elección de los magistrados

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

i) Estructura del tribunal

63. Hubo opiniones diferentes sobre si debía utilizarse el término "Tribunal" para la estructura general del tribunal, y algunos miembros señalaron sus

antecedentes históricos, en tanto que otros encontraban el término confuso o equívoco.

j) Ejercicio del derecho a la jurisdicción penal

64. Por lo que se refiere al sometimiento de asuntos al tribunal por los Estados, algunos miembros estimaron que ese derecho debía limitarse a los Estados Partes, a fin de fomentar una amplia adhesión al estatuto, otros miembros dijeron que permitir a cualquier Estado o al fiscal someter los crímenes graves aumentaría la probabilidad del enjuiciamiento de éstos, y otros consideraron apropiado permitir, mediante acuerdo, que cualquier Estado pudiera someter asuntos relativos a crímenes de menos importancia.

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

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

k) Requisitos del consentimiento de los Estados para la competencia

67. Hubo diferentes opiniones sobre los requisitos de la aceptación por los Estados para iniciar actuaciones, y algunos miembros subrayaron la importancia de obtener el consentimiento del Estado en que estuviera detenido el inculpado para garantizar la presencia de éste, y el del Estado del territorio para facilitar la instrucción y la reunión de pruebas, y otros miembros subrayaron que los Estados no debían poder inmiscuirse en el enjuiciamiento de personas que estuvieran en su territorio o de sus nacionales para impedir al tribunal actuar y, en consecuencia, proporcionar a esas personas la impunidad. Se destacó la posibilidad de que el Consejo de Seguridad pudiera actuar para sustituir el requisito del consentimiento del Estado. Se sugirió también que el tribunal debía poder ejercer alguna competencia intrínseca con respecto a los crímenes más graves, como el genocidio, que no exigieran el consentimiento de los Estados.

68. Aunque algunos miembros daban importancia a la determinación por el Consejo de Seguridad de la agresión como condición previa para el ejercicio de su

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

l) Acusación

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

m) Entrega del imputado al tribunal

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

n) Juicio oral

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

72. Por lo que se refiere al principio non bis in idem, aunque algunos miembros destacaron las disposiciones pertinentes del estatuto del tribunal especial, otros manifestaron su preocupación por que el tribunal pudiera revisar las decisiones de los tribunales nacionales.

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

o) Penas

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

p) Reglamento

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

q) Financiación del tribunal

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

2. Restablecimiento del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

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

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

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

80. En el desempeño de su mandato, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluido en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44º período de sesiones (1992) (A/47/10, anexo); el informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional, incluido en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones de 1993 (A/48/10, anexo); el 11º informe sobre el tema "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", presentado por el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, en el anterior período de sesiones (A/CN.4/449 y Corr.1 (en inglés solamente)); las observaciones de los Estados relativas al informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional (documento A/CN.4/458 y Add.1 a 5); el capítulo B del resumen por temas preparado por la Secretaría sobre los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General, durante el cuadragésimo octavo período de sesiones, acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones (A/CN.4/446); el informe del Secretario General elaborado en cumplimiento del párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/25704); las normas de procedimiento y práctica de la prueba aprobadas por el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (IT/32, de 14 de marzo de 1994); así como los siguientes documentos oficiosos preparados por la Secretaría: a) una recopilación de los proyectos de estatuto de un tribunal penal internacional elaborados en el pasado en el marco de las Naciones Unidas o por otras entidades públicas o privadas; b) una recopilación de las convenciones o de las disposiciones pertinentes de convenciones relativas a las materias que pueden ser de la competencia de un tribunal penal internacional y c) esbozo de las posibles modalidades para el establecimiento de relaciones entre una corte penal internacional y las Naciones Unidas.

81. El Grupo de Trabajo procedió a reexaminar capítulo por capítulo y artículo por artículo el proyecto preliminar de estatuto de una corte penal internacional que figuraba como anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en el anterior período de sesiones[44], teniendo presentes, entre otras cosas: a) la necesidad de racionalizar y simplificar los artículos relativos a las cuestiones que son de la competencia del tribunal, delimitando mejor, al mismo tiempo, el alcance de esa competencia; b) el hecho de que el sistema del tribunal debe concebirse como complementario de los sistemas nacionales que funcionan sobre la base de los mecanismos existentes de cooperación internacional y asistencia judicial; y c) la necesidad de coordinar los artículos comunes que se encuentren en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

82. El proyecto de estatuto preparado por el Grupo de Trabajo consta de ocho títulos: Título I, De la creación de la Corte; Título II, De la composición y administración de la Corte; Título III, De la competencia de la Corte; Título IV, De la instrucción y del procedimiento penal; Título V, Del juicio oral; Título VI, De la apelación y la revisión; Título VII, De la cooperación internacional y la asistencia judicial; y Título VIII, De la ejecución de las penas.

---

[44] Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), anexo.

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

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

85. También se tomó nota muy particularmente de las disposiciones por las que se rige el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

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

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

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

3. Homenaje a los Presidentes de los sucesivos grupos de trabajo

89. La Comisión expresó su gratitud a los Presidentes de los grupos de trabajo por ella establecidos en sus períodos de sesiones de 1992 y 1993, el Sr. Doudou Thiam y el Sr. Abdul G. Koroma. Rindió homenaje especial al Presidente del Grupo de Trabajo del actual período de sesiones, el Sr. James Crawford, por su destacada aportación a la preparación del proyecto de estatuto mediante sus esfuerzos incansables y su gran dedicación.

4. Recomendación de la Comisión

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

5. Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

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

PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Los Estados Partes en el presente Estatuto,

Deseando fomentar la cooperación internacional para mejorar el enjuiciamiento y la represión efectivos de los crímenes de trascendencia internacional y, con tal fin, crear una corte penal internacional,

Insistiendo en que esa corte tendrá competencia únicamente respecto de los más graves de los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto,

Insistiendo también en que esa corte tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que en esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento,

Han convenido en lo siguiente:

Comentario

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

2) La Corte Penal Internacional contemplada en el proyecto de Estatuto ejercitará su competencia únicamente respecto de los crímenes más graves, es decir, los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en conjunto. La competencia de la Corte y las circunstancias en que ejercita esa competencia se delimitan con suma precisión en el Estatuto (véanse a continuación los comentarios al título III).

3) Los propósitos enunciados en el preámbulo tienen por finalidad facilitar la interpretación y aplicación del Estatuto y, en particular, ayudar en el ejercicio de la facultad que se confiere en el artículo 35.

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

Título I

DE LA CREACIÓN DE LA CORTE

Artículo 1

De la Corte

Se instituye una Corte Penal Internacional ("la Corte") cuya competencia y funcionamiento se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Comentario

1) El título I del proyecto de Estatuto trata de la creación de la Corte. En el artículo 1 se instituye formalmente una Corte Penal Internacional (llamada en adelante "la Corte").

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

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

Artículo 2

De la relación entre la Corte y las Naciones Unidas

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

Comentario

1) En el Grupo de Trabajo y en la Comisión se manifestaron divergencias de opinión que sobre la relación entre la Corte y las Naciones Unidas. Varios miembros de la Comisión eran partidarios de que la Corte se crease como órgano subsidiario de las Naciones Unidas en virtud de resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, sin que fuera necesario ningún

tratado. Otros mostraban una firme preferencia por la creación de un órgano de las Naciones Unidas mediante la revisión de la Carta. Otros aun pensaban que la idea de tal revisión estaba reñida con la realidad e incluso era poco aconsejable a la sazón, y proponían otro tipo de vínculo con las Naciones Unidas, como un acuerdo de establecimiento de relaciones parecido al concertado entre las Naciones Unidas y el Organismo Internacional de Energía Atómica (véase el Estatuto del OIEA, de 23 de octubre de 1956, artículo XVI, y la resolución 1145 (XII) de la Asamblea General, de 14 de noviembre de 1957).

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

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

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

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

6) Esta última solución, de ser adoptada, tendría consecuencias importantes para el funcionamiento y la financiación de la Corte. Por ejemplo, la elección de los magistrados y de otros cargos correspondería naturalmente a los Estados Miembros que actuarían a través de los órganos políticos competentes de las Naciones Unidas. La Comisión opina que esta solución requeriría la modificación o la revisión de, entre otras disposiciones, los artículos 3 (Sede de la Corte), 4 (Condición y capacidad jurídicas), 6 (Condiciones y elección de los magistrados), y 19 (Reglamento de la Corte).

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

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

Artículo 3

De la sede de la Corte

1. La sede de la Corte será... en ... ("el Estado huésped").

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

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

Comentario

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

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

3) Los juicios se celebrarán en la sede de la Corte, salvo que se decida otra cosa (véase el artículo 32), pero es posible que otras facultades y funciones de

la Corte y sus diversos órganos hayan de ejercerse en otro lugar, ya sea en el territorio de un Estado Parte, en virtud de un acuerdo de cooperación celebrado con la Corte (véase el artículo 51), o incluso en el territorio de un Estado que no sea parte en el Estatuto, en virtud de un acuerdo especial (véase el artículo 56).

Artículo 4

De la condición y capacidad jurídicas de la Corte

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

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

Comentario

1) En el párrafo 1 del artículo 4 se tienen en cuenta los objetivos de flexibilidad y economía enunciados en el informe del Grupo de Trabajo de 1992, en el que se fijaron los parámetros básicos del proyecto de Estatuto (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/47/10), pág. 152). La Corte, aunque es un organismo permanente, se reunirá sólo cuando sea necesario para conocer de un asunto que se le haya sometido. Algunos miembros de la Comisión seguían convencidos de que esto era incompatible con la indispensable permanencia, estabilidad e independencia de un verdadero tribunal penal internacional.

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

Título II

DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE

Artículo 5

De los órganos de la Corte

La Corte constará de los órganos siguientes:

a) La Junta de Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo 8;

b) La Sala de Apelaciones, varias salas de primera instancia y otras salas, de conformidad con el artículo 9;

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

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

Comentario

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

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

Artículo 6

De las condiciones que han de reunir los magistrados y de la elección de los magistrados

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

a) Experiencia en derecho penal;

b) Competencia reconocida en derecho internacional.

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

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

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

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

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

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

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

Comentario

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

2) Para lograr un buen equilibrio entre esas dos condiciones, se prevé en el artículo 6 la elección por separado de candidatos que tengan una especialización en derecho y procedimiento penales y de candidatos con experiencia en derecho internacional. Se entiende que el requisito de la experiencia en derecho procesal penal incluye experiencia como magistrado, fiscal, o abogado en causas penales. Asimismo, se entiende que el requisito de reconocida experiencia en derecho internacional puede cumplirse con experiencia en derecho humanitario internacional y en la normativa internacional de los derechos humanos. Tres de los diez magistrados elegidos entre los candidatos con experiencia en derecho procesal penal formarán parte de cada Sala de Primera Instancia (véase el párrafo 5 del artículo 9). Los ocho magistrados elegidos entre los candidatos con reconocida experiencia en derecho internacional aportarán a la Corte el grado de especialización en derecho internacional que sin duda alguna necesitará. Esto no excluye la posibilidad de que se nombre a personas con experiencia en derecho procesal penal y con reconocida experiencia en derecho internacional. En tales casos corresponderá a los Estados que presenten las candidaturas indicar si el candidato se propone por tener experiencia en derecho procesal penal o por su reconocida experiencia en derecho internacional.

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

4) En el proyecto de 1993 se fijaba un mandato relativamente largo de 12 años para los magistrados. Este período, criticado por algunos Estados por ser demasiado largo, se ha reducido a 9 años, es decir, la misma duración que la del mandato de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia. En cambio, la Comisión reafirmó su opinión de que los magistrados no deberían ser reelegibles.

La naturaleza especial de una jurisdicción penal internacional milita a favor de ese principio, incluso con un mandato de nueve años. Hay que prever, sin embargo, algunas excepciones a este principio para los casos de transición y para la provisión de las vacantes (véanse el párrafo 7 del artículo 6 y el párrafo 2 del artículo 7).

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

Artículo 7

De la provisión de vacantes

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

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

Comentario

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

2) Con arreglo al párrafo 3 del artículo 6, el magistrado elegido para cubrir una vacante debe reunir las mismas condiciones que su predecesor. Así, por ejemplo, un magistrado elegido entre los candidatos con experiencia en derecho procesal penal será sustituido por otro candidato con la misma especialización, a fin de mantener el equilibrio general de la Corte.

Artículo 8

De la Junta de Gobierno

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

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

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

a) Velar por la buena administración de la Corte;

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

4. Salvo que se indique otra cosa, las funciones de las fases previas al juicio oral y otras funciones de procedimiento que se confieren a la Corte en virtud del presente Estatuto podrán ser ejercidas por la Junta de Gobierno respecto de cualquier asunto que no se halle sometido a una sala de la Corte.

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

Comentario

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

2) Algunos miembros de la Comisión abogaron muy enérgicamente por que la Corte tuviese un Presidente de plena dedicación, que residiría en la sede de la Corte y estaría encargado, con arreglo al Estatuto, de velar por el buen desarrollo de las actividades jurisdiccionales. Otros insistieron en que era necesaria cierta flexibilidad y en que la Corte sería un órgano que sólo se reuniría cuando fuese necesario; en su opinión, establecer el requisito de la plena dedicación del Presidente limitaría innecesariamente el número de candidatos para el cargo. Se convino en que esa disposición no impediría que el Presidente desempeñase sus funciones a tiempo completo cuando las circunstancias así lo exigieran.

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

4) En virtud del párrafo 5, la Junta de Gobierno puede delegar algunas de las funciones de la fase previa al juicio oral en uno o varios magistrados. Cabe preguntarse si, en este caso, la intervención de un magistrado en un asunto puede impedirle ser miembro de una Sala de Primera Instancia o de la Sala de Apelaciones, por considerarse esa intervención una presunción de falta de imparcialidad.

5) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que determinar en varias ocasiones si la intervención anterior en un asunto inhabilita a un magistrado para conocer de ese asunto, a tenor del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio

Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que reconoce al acusado el derecho a ser oído "por un tribunal independiente e imparcial" (véase el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que "el mero hecho de que el magistrado haya tomado una decisión respecto del juicio oral no puede, en sí mismo, considerarse suficiente para justificar las dudas en cuanto a su imparcialidad. Lo importante es el alcance y la naturaleza de las medidas adoptadas por el magistrado ..." (Saraiva de Carvalho c. Portugal, CEDH, Ser. A, vol. 286-B (1994), párr. 35; Nortier c. Países Bajos, CEDH, Ser. A, vol. 267 (1983), que cita casos anteriores). Así, pues, el magistrado que ha tenido que determinar, basándose en el sumario, si los elementos reunidos en un asunto, incluidos los cargos formulados por el fiscal, constituyen indicios racionales de criminalidad que justifiquen someter al acusado a las penalidades de un juicio no contraviene al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio al intervenir posteriormente en el juicio oral, puesto que las cuestiones que hubieron de resolverse no eran las mismas que las que se resuelven en el juicio oral y no se prejuzgaba la culpabilidad (ibíd., párr. 37). Lo mismo ocurría con la decisión de mantener la prisión preventiva del acusado antes del juicio, decisión que no "podía tener ninguna influencia decisiva sobre la opinión [del magistrado] en cuanto al fondo" (ibíd., párr. 38). La situación es diferente cuando el magistrado tiene la obligación de formarse una opinión provisional en cuanto a la culpabilidad real del acusado: véase Hauschild c. Dinamarca, Ser. A, vol. 154 (1989) ("sospecha especialmente confirmada").

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

Artículo 9

De las salas

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

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

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

4. Los magistrados que no sean miembros de la Sala de Apelaciones estarán disponibles para formar parte de las Salas de Primera Instancia y de las demás salas que se requieran en virtud del presente Estatuto y para

concurrir como miembros suplentes a la Sala de Apelaciones cuando uno de los titulares no esté disponible o sea recusado.

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

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

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

Comentario

1) Para permitir la especialización, se establece una Sala de Apelaciones, integrada por el Presidente y seis magistrados, tres de los cuales, por lo menos, deben ser magistrados elegidos entre los candidatos con reconocida experiencia en derecho internacional. Esto garantiza que, habrá una mayoría de magistrados con experiencia en derecho penal procesal disponibles para formar parte de las Salas de Primera Instancia. Si el Presidente se halla en la imposibilidad de presidir la Sala de Apelaciones, lo hará uno de los Vicepresidentes: véase el párrafo 2 del artículo 8.

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

3) En los juicios de larga duración, pueden surgir problemas cuando uno o varios miembros de la Corte se hallen incapacitados (por ejemplo, por razones de salud). En el párrafo 6 se prevé la designación de magistrados suplentes que asistan al juicio oral y sustituyan a los magistrados incapacitados. El objeto de los magistrados suplentes es asegurar que haya cinco magistrados disponibles al final de un juicio para decidir sobre el asunto y la imposición de la pena. En particular interesa evitar que haya una sala dividida de cuatro magistrados que abra la posibilidad de un nuevo juicio: cf. el párrafo 3 del artículo 45.

4) Se acordó que, dada la importancia del requisito de imparcialidad, era imprescindible que el magistrado de la nacionalidad del Estado reclamante o del Estado del que fuese nacional el acusado no pudiera ser miembro de la Sala que conociera del asunto: véase el párrafo 7.

5) Las modalidades de la constitución de una sala de primera instancia se establecerán en el reglamento. En cuanto a su tenor en este punto, algunos miembros consideraban apropiado que la Junta de Gobierno nombrara a los magistrados que hubieran de integrarla. Otros estimaban que la composición de la Sala debía predeterminarse anualmente siguiendo el principio de rotación a fin de que todos los magistrados tuvieran la oportunidad de participar en la

labor de la Corte. En definitiva, la Comisión pensó que era una cuestión que podía regularse en el reglamento, teniendo en cuenta la experiencia en la elaboración del Estatuto. Se hizo observar que sería posible constituir varias Salas de Primera Instancia en un momento determinado, si bien, en realidad, sólo podrían reunirse simultáneamente dos Salas de Primera Instancia, en vista del limitado número de magistrados.

Artículo 10

De la independencia de los magistrados

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

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

3. La Junta de Gobierno resolverá sobre toda cuestión relativa a la aplicación del párrafo 2.

4. Por recomendación de la Junta de Gobierno, los Estados Partes podrán decidir, por mayoría de dos tercios, que el volumen de trabajo de la Corte requiere la plena dedicación de los magistrados. En tal caso:

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

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

Comentario

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

2) Por ejemplo, se dejó claramente sentado que los magistrados no podrían ser, al mismo tiempo, miembros de la rama legislativa o ejecutiva del gobierno de un Estado. La referencia a la rama ejecutiva no debe interpretarse en el sentido de que abarque las personas que no ejercen funciones ejecutivas corrientes, pero tienen una función o un cargo independientes. De igual modo, los magistrados no deberán intervenir en la instrucción o el enjuiciamiento de delitos en el ámbito nacional. En cambio, los jueces nacionales con

experiencia en la dirección de procesos penales serían las personas más idóneas para ejercer las funciones de magistrado.

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

Artículo 11

De la excusa y recusación de los magistrados

1. La Junta de Gobierno podrá, a petición de un magistrado, excusar a ese magistrado del ejercicio de una de las funciones que le confiere el presente Estatuto.

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

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

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

Comentario

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

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

Artículo 12

De la Fiscalía

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

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

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

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

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

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

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

Comentario

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

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

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

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

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

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

Artículo 13

De la Secretaría

1. A propuesta de la Junta de Gobierno, los magistrados elegirán por mayoría absoluta y en votación secreta el Secretario, quien será el principal funcionario administrativo de la Corte. Por el mismo procedimiento podrán elegir el Secretario Adjunto.

2. El Secretario desempeñará su cargo por un período de cinco años, será reelegible y estará disponible con carácter permanente. El Secretario Adjunto desempeñará su cargo por un período de cinco años, o por un período más corto si así se decide, y podrá ser elegido para que esté dispuesto a desempeñar en cualquier momento las funciones de su cargo.

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

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

Comentario

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

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

Artículo 14

De la promesa solemne

Los magistrados y los funcionarios de la Corte, antes de tomar posesión del cargo a tenor de lo dispuesto en el presente Estatuto, prestarán la promesa pública y solemne de ejercer sus funciones con imparcialidad y en conciencia.

Comentario

Deben hacer esta promesa no solamente los magistrados, sino también los demás funcionarios de la Corte, es decir, el Fiscal y los Fiscales Adjuntos, el Secretario y el Secretario Adjunto.

Artículo 15

De la separación del cargo

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

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

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

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

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

Comentario

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

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

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

Artículo 16

De los privilegios e inmunidades

1. Los magistrados, el Fiscal, los Fiscales Adjuntos y el personal de la Fiscalía, el Secretario y el Secretario Adjunto gozarán de los privilegios, inmunidades y facilidades de un agente diplomático en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

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

3. Los abogados, los peritos y los testigos ante la Corte gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para que puedan cumplir sus obligaciones con total independencia.

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

Comentario

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

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

3) Se reconocen a los abogados, los peritos y los testigos los mismos privilegios, inmunidades y facilidades concedidos a los abogados, expertos y

testigos que intervienen en actuaciones ante la Corte Internacional de Justicia, a tenor del párrafo 3 del Artículo 42 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

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

Artículo 17

De los estipendios y gastos

1. El Presidente percibirá un estipendio anual.

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

3. Con sujeción a lo preceptuado en el párrafo 4, los magistrados percibirán un estipendio diariamente durante el período en que ejerzan sus funciones. Podrán seguir percibiendo el sueldo pagadero por cualquier otro empleo que ocupen sin menoscabo de lo dispuesto en el artículo 10.

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

Comentario

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

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

Artículo 18

De los idiomas de trabajo

Los idiomas de trabajo de la Corte serán el francés y el inglés.

Comentario

El francés y el inglés serán los idiomas de trabajo de la Corte, sin perjuicio de que un juicio determinado se desarrolle simultáneamente en el idioma del acusado y de los testigos, junto con los idiomas de trabajo: véase el apartado f) del párrafo 1 del artículo 41.

Artículo 19

Del reglamento de la Corte

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

a) La dirección de la instrucción;

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

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

2. El Reglamento inicial de la Corte será preparado por los magistrados dentro de los seis meses siguientes a las primeras elecciones a la Corte y se someterá a una Conferencia de Estados Partes, para aprobación. Los magistrados podrán decidir que una norma que se adopte en lo sucesivo con arreglo al párrafo 1 sea sometida igualmente a una conferencia de Estados Partes para su aprobación.

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

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

Comentario

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

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

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

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

Título III

DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Desarrollo y estructura del título III

1) El título III, relativo a la competencia, es fundamental en el proyecto de Estatuto. Leído juntamente con algunas disposiciones de los títulos III y V (en particular, los artículos 34, 35 y 37) limita la diversidad de los casos de los que puede ocuparse la Corte de manera que restringe la aplicación del Estatuto a las situaciones y finalidades a que se hace referencia en el preámbulo.

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

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

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

5) En 1993, una mayoría llegó a la conclusión de que los crímenes en virtud del derecho internacional general no podían excluirse por entero del proyecto de Estatuto. En consecuencia, se dio a la Corte competencia sobre esos crímenes de manera genérica. Se definieron como crímenes "en virtud... de una norma de derecho internacional aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma de carácter tan fundamental que su violación da lugar a la responsabilidad criminal individual". La competencia estaba limitada por los requisitos de aceptación por parte de los Estados en cuyo territorio se hubiese cometido el presunto crimen y en cuyo territorio se hallase presente el sospechoso. Pero esta disposición tropezó con considerables críticas en la Sexta Comisión y en los comentarios de los Estados, aduciéndose que una simple referencia a los crímenes con arreglo al derecho internacional general era muy incierta y que daría excesivas facultades al tribunal propuesto para ocuparse de una conducta sobre la base de que constituía un crimen en virtud del derecho internacional general.

6) La Comisión admite que estas críticas no carecen de fundamento y que, en el contexto de un sistema jurisdiccional nuevo y no probado, las disposiciones de referencia indeterminada deben evitarse. Por consiguiente, ha limitado la competencia de la Corte sobre los crímenes en virtud del derecho internacional general a una serie de casos concretos, sin perjuicio de la definición y contenido de esos crímenes a otros efectos: véase el comentario a los apartados a) a d) al párrafo 1 del artículo 20.

7) La segunda modificación se refiere al alcance de la competencia inherente ("compétence propre") a la Corte. Un ejemplo de crimen tipificado en el derecho internacional general que merece ser incluido es el crimen de genocidio, definido autorizadamente en la Convención sobre el Genocidio de 1948. El artículo II de la Convención dispone:

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

A juicio de la Comisión, la prohibición del genocidio tiene una importancia tan fundamental y las ocasiones de que exista una duda o discusión legítima sobre si una determinada situación equivale al genocidio son tan limitadas, que la Corte

debería, excepcionalmente, tener competencia inherente sobre ese crimen por virtud exclusivamente de la participación de los Estados en el proyecto de Estatuto, sin otro requisito de consentimiento o aceptación por parte de un Estado determinado. El proyecto de Estatuto así lo dispone. Los argumentos en favor de considerar esa "competencia inherente" se ven poderosamente reforzados por la propia Convención sobre el Genocidio, que no confiere competencia sobre éste a otros Estados sobre la base del principio aut dedere aut judicare sino que prevé expresamente que se confiera a un tribunal penal internacional que se cree (art. VI). Se puede considerar así que el proyecto de Estatuto completa a este respecto el esquema para la prevención y la sanción del genocidio iniciado en 1948, en una época en que se necesitan medidas eficaces contra quienes cometen genocidio.

8) En el título III del proyecto de Estatuto se recogen algunos otros cambios importantes. En el proyecto de 1993 se distinguía entre dos "normas" de competencia en relación con los crímenes en virtud de tratados: a) competencia sobre los crímenes de carácter internacional (proyecto de Estatuto de 1993, art. 22) y b) crímenes en virtud de las denominadas convenciones de supresión (proyecto de Estatuto de 1993, párrafo 2 del artículo 26). Como se señalaba en el informe del Grupo de Trabajo de 1993, puede trazarse una distinción "entre tratados que definen los crímenes como crímenes internacionales y tratados que simplemente prevén la supresión de comportamientos indeseables que constituyen crímenes en virtud del derecho nacional" (proyecto de Estatuto, párrafo 5 del artículo 26). Aunque la distinción refleja grosso modo una distinción entre un comportamiento específicamente definido como crimen, independientemente de cualquier ordenamiento jurídico nacional determinado, y un comportamiento que un tratado requiere que se considere criminalmente punible en virtud del derecho nacional, puede ser difícil de establecer en el contexto de algunos de los tratados enumerados en el proyecto de Estatuto de 1993 y su mantenimiento incrementaría el grado de complejidad. Por estas razones se ha abandonado la distinción: véanse el apartado e) del artículo 20 y la lista de crímenes con arreglo a tratados en el anexo. Esto no quiere decir que todos los crímenes a que se hace referencia en el anexo sean del mismo carácter, ya que ciertamente no es así.

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

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

- El apartado e) del artículo 20 (la Corte tiene competencia para conocer de los crímenes definidos en tratados únicamente en los casos en que, "habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional"; será una cuestión prejudicial y la Corte habrá de determinar, con arreglo al artículo 34, si ello es así en cada caso);

- Artículo 25 (deberá presentar una denuncia un Estado que haya aceptado la competencia de la Corte respecto del crimen);

- Artículo 27 (la Junta de Gobierno deberá determinar si la Corte debe conocer del asunto teniendo presente el artículo 35);

- Artículo 34 (el acusado o un Estado interesado pueden impugnar la competencia en una primera etapa);

- Artículo 35 (la Corte tiene facultades discrecionales para decidir, habida cuenta de criterios concretos relacionados con los propósitos del Estatuto, sobre la admisibilidad de un asunto determinado).

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

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

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

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

Artículo 20

De los crímenes que son de la competencia de la Corte

La Corte tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio;

b) El crimen de agresión;

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

d) Los crímenes de lesa humanidad.

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

Comentario

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

2) Esto no indica en modo alguno que estos dos grupos sean mutuamente excluyentes; por el contrario, hay considerable coincidencia entre ellos. Las condiciones de la existencia y el ejercicio de la competencia en virtud de las dos categorías son fundamentalmente las mismas (con sujeción al requisito obvio de que el tratado pertinente sea aplicable al acusado, sobre lo cual véase el artículo 39). La única excepción es el genocidio, al que se refiere exclusivamente el apartado a) del párrafo 1 y que, como ya se ha explicado, está sujeto a su propia norma de competencia con arreglo al Estatuto.

3) Por las razones antes indicadas la Comisión llegó a la conclusión de que no debía conferir la competencia mediante una remisión a la categoría general de los crímenes de derecho internacional, sino que debía referirse únicamente a los crímenes concretos que justificaban la inclusión en esa categoría. Ha incluido cuatro de esos crímenes: el genocidio, la agresión, las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados y los crímenes de lesa humanidad. En la elección de estos crímenes se ha guiado en particular por el hecho de que tres de estos cuatro crímenes se especifican en el Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia como crímenes en virtud del derecho internacional general que corresponden a la competencia del Tribunal (véanse los artículos 3 a 5 de ese Estatuto). La posición de la agresión como crimen es diferente, sobre todo por las responsabilidades especiales del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero la Comisión estimó que también debía incluirse, con sujeción a ciertas salvaguardias. La inclusión de estos cuatro crímenes representó un núcleo de acuerdo común en la Comisión y se ha hecho sin perjuicio de la

determinación y aplicación del concepto de crímenes en virtud del derecho internacional general a otros efectos.

4) Como se hizo notar en la introducción al título III supra, el Estatuto es fundamentalmente un instrumento procedimental y adjetivo. No es su función definir nuevos crímenes ni tampoco codificar autorizadamente los crímenes con arreglo al derecho internacional general. En lo que respecta a algunos de esos crímenes, éste es el propósito del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aunque ese proyecto de código no pretende ocuparse de todos los crímenes previstos por el derecho internacional general. Hacerlo requeriría un esfuerzo normativo considerable. En consecuencia, la Comisión ha enumerado los cuatro crímenes, sin más especificación, en los párrafos a) a d) del artículo 20. En el siguiente comentario se formulan los supuestos de la Comisión con respecto a los cuatro crímenes, como base para la aplicación de esos párrafos por la Corte.

5) El menos problemático de ellos es sin duda el genocidio. Se define con claridad y autoridad en la Convención de 1948 que ha sido ampliamente ratificada y que prevé que los casos de genocidio pueden remitirse a un tribunal penal internacional. Por las razones expuestas en la introducción a este título, la Comisión cree que, excepcionalmente, la Corte debe tener competencia inherente sobre el crimen de genocidio, es decir debe tener competencia entre todos los Estados Partes en el Estatuto y debe poder actuar en virtud de una denuncia presentada por cualquier Estado Parte en la Convención sobre el Genocidio, como se prevé expresamente en el artículo VI de esa Convención.

6) El crimen de agresión presenta más dificultades en cuanto que no existe una definición en un tratado comparable a la del genocidio. En la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, se trata de la agresión por parte de los Estados, no de crímenes de individuos, y la resolución tiene por objeto servir de guía al Consejo de Seguridad y no dar una definición para uso judicial. Sin embargo, dadas las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, esa resolución ofrece alguna orientación, y hoy un tribunal debe estar en mejores condiciones para definir el crimen de derecho consuetudinario de la agresión que el Tribunal de Nuremberg en 1946. Así pues, parecería regresivo excluir la responsabilidad penal individual respecto de la agresión (en particular los actos directamente relacionados con la iniciación de una guerra de agresión) 50 años después de Nuremberg. Por otra parte, las dificultades de la definición y aplicación, unidas a la responsabilidad especial del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, significan que deben tomarse medidas especiales para garantizar que sólo se incoen procedimientos por agresión si el Consejo de Seguridad determina primero que el Estado de que se trate ha cometido una agresión en circunstancias que impliquen el crimen de agresión que es objeto de la acusación (véase el párrafo 2 del artículo 23 y el comentario).

7) Varios miembros de la Comisión opinaron que no todo acto de agresión es un crimen en virtud del derecho internacional que dé lugar a la responsabilidad penal de los individuos. A su juicio, la norma consuetudinaria, tal como había evolucionado desde 1945, sólo abarcaba la iniciación de una guerra de agresión. Se apoyaban en particular en el apartado a) del artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de 1945 (Carta de Nuremberg). También señalaron a la atención el texto de la Declaración sobre las relaciones de amistad (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970), cuyo principio 1 dice, entre otras cosas, lo siguiente: "Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad", y los términos del párrafo 2 del artículo 5 de la resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 sobre la definición de la

agresión en la que se dice que: "La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional". A juicio de estos miembros, los términos empleados en esas resoluciones se han de tener en cuenta, no obstante las dudas acerca de si trata del derecho interestatal o de la responsabilidad penal de los individuos.

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

"Violación de las leyes o usos de la guerra

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

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

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

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

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

e) El pillaje de bienes públicos o privados."

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

"Crímenes de guerra excepcionalmente graves

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

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

a) Actos de inhumanidad, crueldad o barbarie dirigidos contra la vida, la dignidad o la integridad corporal o la salud física o mental de

las personas [, en particular el homicidio intencional, la tortura, las mutilaciones, las experiencias biológicas, la toma de rehenes, el hecho de obligar a una persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia hostil, el retraso injustificado de la repatriación de prisioneros de guerra después del fin de las hostilidades activas, la deportación o el traslado de poblaciones civiles y las penas colectivas];

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

c) El empleo de armas ilícitas;

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

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

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

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

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

12) El apartado c) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 daba una formulación inicial de crímenes de lesa humanidad, aunque el Tribunal de Nuremberg la aplicó con gran circunspección. El concepto se repitió en textos ulteriores y hoy figura en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia que dice así:

"Crímenes de lesa humanidad

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

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación;

e) Encarcelamiento;

f) Tortura;

g) Violación;

h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;

i) Otros actos inhumanos."

13) Esta formulación se ha de comparar con el proyecto de artículo 21 del proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que se titula "Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos", pero que sustancialmente abarca el mismo ámbito que el artículo 5 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia. Dispone lo siguiente:

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

- Asesinato;

- Tortura;

- Establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso;

- Persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; o

- Deportación o traslado forzoso de poblaciones, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a ...]."

14) La Comisión entiende que la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte. La característica de esos crímenes reside en que son sistemáticos y en gran escala. Las formas particulares de acto ilícito (asesinato, esclavitud, deportación, tortura, violación, encarcelamiento, etc.) son menos decisivas para la definición que los factores de escala y política deliberada, así como el estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte. Se pretende que esta idea se vea reflejada en la frase "cometidos contra la población civil" en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia pero se expone de manera más explícita en el artículo 21 del proyecto

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

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

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

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

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

a) Que los crímenes mismos se definen en el tratado de manera que un tribunal penal internacional puede aplicar ese tratado como derecho en relación con el crimen, con sujeción a la garantía nullum crimen contenida en el artículo 39;

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

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

20) Además, la Comisión llegó a la conclusión de que se requería alguna otra limitación a la competencia de la Corte en virtud de los tratados del anexo, dado que muchos de esos tratados podían abarcar comportamientos que, aunque graves en sí mismos, estuvieran comprendidos en la competencia de los tribunales nacionales y que (en el contexto de un caso individual) no exigieran su elevación al nivel de una jurisdicción internacional. Esta otra limitación se logra en el apartado e), que requiere que el crimen de que se trate, habida cuenta del comportamiento denunciado haya constituido un crimen excepcionalmente grave de trascendencia internacional.

21) La importancia del factor sistemático fue subrayada por varios miembros de la Comisión, en particular en el contexto de crímenes relacionados con actividades terroristas. La comunidad internacional no ha elaborado todavía una definición de terrorismo aunque hay definiciones del término en algunas convenciones regionales. Una campaña sistemática de terror cometida por un grupo contra la población civil entraría en la categoría de crímenes tipificados por el derecho internacional general del apartado d) y si sus motivos son de carácter étnico o racial también en el apartado a). Además, de los 14 tratados enumerados en el anexo, 6 se refieren específicamente a delitos de terrorismo de un tipo u otro (por ejemplo, secuestro, toma de rehenes). Así pues, como subrayaron varios miembros de la Comisión, el terrorismo, cuando es sistemático y sostenido, es un crimen de trascendencia internacional comprendido en el ámbito de uno u otro de los crímenes mencionados en el artículo 20. Además, esos miembros señalaron que está universalmente aceptado que el terrorismo, practicado en cualquiera de sus formas, es un acto criminal.

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

23) Como se señaló antes, el anexo comprende solamente tratados en vigor que definen crímenes de carácter internacional y establecen una amplia base competencial para el enjuiciamiento de esos crímenes. No comprende una serie de instrumentos pertinentes que se hallan en formulación: en particular el

proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el instrumento propuesto sobre la protección de los mantenedores de la paz, que se está elaborando en el marco de la Asamblea General. En cuanto al proyecto de código de crímenes, varios miembros de la Comisión reafirmaron su opinión de que dicho proyecto era un complemento esencial de un proyecto de estatuto y su esperanza de que los dos instrumentos llegaran a estar vinculados en su aplicación.

Artículo 21

De las condiciones previas al ejercicio de la competencia

1. La Corte podrá ejercitar su competencia respecto de una persona por uno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 si:

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

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

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

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

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

Comentario

1) En el artículo 21 se indican los Estados que han de aceptar la competencia de la Corte sobre un crimen de los previstos en el artículo 20 para que ésta sea competente. Los modos de aceptación se indican en el artículo 22.

2) El criterio general recomendado por la Comisión es el contenido en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 21. Se requiere la aceptación del Estado que tenga la custodia del acusado con respecto al crimen (que la puede tener o bien por ser competente sobre el crimen o bien por haber recibido una petición de extradición en relación con el mismo) y por el Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen. Este párrafo debe leerse conjuntamente con el artículo 53 sobre entrega de un acusado a la Corte, en particular el párrafo 2 y habida cuenta de la fuerte presunción establecida en el artículo 37 de que la Corte tendrá ante sí al imputado cuando enjuicie un asunto.

3) El artículo 21 difiere de la disposición equivalente del proyecto de Estatuto de 1993 (art. 24) en varios aspectos. En primer lugar, trata el genocidio separadamente: véase más adelante el párrafo 6. En segundo lugar, en el apartado b) del párrafo 1 se centra específicamente en el Estado en que se halla detenido el acusado, por contraposición a cualquier Estado que tenga

competencia en virtud del tratado pertinente. En tercer lugar, requiere la aceptación por el Estado, en cuyo territorio se haya cometido el crimen, aplicando así a todos los crímenes distintos del genocidio el requisito de aceptación del proyecto de Estatuto de 1993 respecto de los crímenes en virtud del derecho internacional general. En cuarto lugar, requiere también en esos casos la aceptación de un Estado que ya haya establecido o que pueda establecer su derecho a la extradición del acusado en cumplimiento de una petición de extradición: véase el párrafo 2.

4) La expresión "Estado de detención" tiene por objeto abarcar una serie de situaciones, por ejemplo, la de que un Estado haya decretado o decrete la prisión de alguna persona a la que se instruyen diligencias por un crimen, o tenga a esa persona bajo su vigilancia. Incluiría al Estado que hubiera detenido al sospechoso de un crimen, en aplicación de su propio derecho, o en respuesta a una solicitud de extradición. Sin embargo, comprendería también, por ejemplo, a un Estado cuyas fuerzas armadas visitaran otro Estado y, de conformidad con su sistema de derecho militar, hubiera decretado la prisión de algún miembro de esas fuerzas sospechoso de un crimen: en tal caso, el "Estado de detención" sería el Estado al que pertenecieran las fuerzas y no el huésped. (Si el crimen de que se tratara se cometiere en el territorio del Estado huésped, la aceptación de éste sería también necesaria, naturalmente, en virtud del inciso ii) del apartado b) del párrafo 1, para que la Corte fuera competente.)

5) Otro elemento importante del Estatuto es el artículo 54, que impone a un Estado Parte cuya aceptación de la competencia de la Corte se requiere, pero que no acepta la competencia, una obligación aut dedere aut judicare equivalente a la obligación incluida en la mayoría de los tratados enumerados en el anexo. Entre las partes en el Estatuto ello integra en efecto a la Corte Penal Internacional en el sistema existente de jurisdicción y cooperación penal internacional respecto de los crímenes sancionados por tratados: véase más adelante el artículo 54 y su comentario.

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

7) A la luz de la decisión de conferir jurisdicción "inherente" sobre el genocidio, el artículo 21 trata este crimen por separado. El genocidio es un crimen en virtud del derecho internacional definido por la Convención sobre el Genocidio (Naciones Unidas, Recueil des traités, vol. 78, pág. 277). A diferencia de los tratados enumerados en el anexo, la Convención sobre el Genocidio no se basa en el principio aut dedere aut judicare, sino en el principio de territorialidad. El artículo VI dispone que las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en la Convención serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en que se cometiera el acto. Sin embargo, como contrapartida de la no inclusión del principio de universalidad de la Convención, el artículo VI dispone también que esas personas podrían ser juzgadas por el tribunal penal internacional que sea competente con respecto a las partes contratantes que hayan aceptado su competencia. Esto puede interpretarse también como una autorización por los Estados Partes en la Convención que sean también Partes en el Estatuto para a que la Corte ejerza su

competencia sobre un imputado que haya sido transferido a la Corte por cualquier Estado. Los trabajos relativos al artículo VI apoyan esa interpretación (véase el Informe de la Comisión Especial sobre el Genocidio, 5 de abril a 10 de mayo de 1948, Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, tercer año, séptimo período de sesiones, Suplemento No. 6 (E/794, 1948), págs. 11 y 12). Por las razones ya expuestas, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la Corte debía tener competencia inherente sobre el crimen de genocidio con arreglo a una denuncia hecha por una parte en la Convención sobre el Genocidio, y el Estatuto así lo dispone: véase el apartado a) del párrafo 1 y véase también el párrafo 1 del artículo 25, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 51, y el inciso i) del apartado a) del párrafo 2 del artículo 53.

Artículo 22

De la aceptación de la competencia de la Corte a los efectos del artículo 21

1. Todo Estado Parte en el presente Estatuto podrá:

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

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

aceptar la competencia de la Corte respecto de aquéllos de los crímenes mencionados en el artículo 20 que especifique en su declaración.

2. Las declaraciones podrán ser de aplicación general o podrán estar limitadas a un comportamiento determinado o a un comportamiento observado durante un período determinado.

3. Las declaraciones podrán hacerse por tiempo determinado, en cuyo caso no serán retiradas antes de que haya vencido el plazo, o por tiempo indeterminado, en cuyo caso sólo podrán retirarse previa notificación de retiro hecha al Secretario con seis meses de antelación. El retiro no afectará a los procesos ya iniciados en virtud del presente Estatuto.

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

Comentario

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

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

las consideraciones expuestas en el preámbulo, así como su enfoque general de la competencia de la Corte.

3) En su informe de 1993 el Grupo de Trabajo propuso dos variantes de este artículo, basadas en la idea de la "exclusión" y no la "aceptación" de la competencia. En definitiva, la Comisión considera que el enfoque de la "aceptación" es el adecuado. Otro enfoque podría impedir que la Corte entendiera de un caso aun cuando todos los Estados interesados desearan que lo hiciera. La razón es que quizá no esté claro, hasta después de presentada una reclamación, cuáles son los Estados concretos que, con arreglo al artículo 21, han de haber aceptado la competencia del Tribunal. Si se prefiriera un régimen de exclusión su efecto sería impedir que un Estado aceptara la competencia con respecto a una reclamación ya presentada. Esto no sería deseable. Sin duda sería posible añadir a una disposición inicial de "exclusión" una ulterior capacidad de aceptar pero este sería un sistema artificial y complejo y en la práctica, a juicio de la Comisión, no añadiría nada sustancial al artículo 22 tal como está redactado.

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

5) Con respecto a la competencia "inherente" de la Corte sobre el genocidio (véase el párrafo 7) del comentario del artículo 20), no será necesaria la aceptación de la competencia en virtud del artículo 22. Sin embargo, se puede imaginar casos en que los Estados interesados no sean partes en la Convención sobre el Genocidio pero deseen que la Corte ejerza su competencia sobre ese crimen. La referencia general del párrafo 1 a "los crímenes mencionados en el artículo 20" tiene por objeto incluir ese caso excepcional: véase también el apartado b) del párrafo 1 del artículo 21 y el párrafo 2 del artículo 25, redactados en consecuencia.

6) El párrafo 4 trata de la aceptación de la competencia de la Corte por los Estados que no son partes en el Estatuto. Esto debe ser posible, de conformidad con el enfoque general de la competencia de la Corte expuesto en el preámbulo. Por otra parte, a un Estado que no sea parte, no se le debe exigir - o en realidad permitir - hacer más que consentir en el ejercicio de la competencia en un determinado caso mediante declaración presentada al Secretario. Si desea aprovechar la existencia de la Corte para aceptar su competencia sobre crímenes, presentar denuncias, etc., ese Estado debe pasar a ser parte en el Estatuto. Por lo que respecta a la cooperación judicial con Estados que no sean partes, véase el artículo 56.

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

8) Un miembro de la Comisión fue más lejos, expresando sus profundas reservas a un sistema de aceptación de competencia que, en su opinión, dejaría el Estatuto sin contenido en cuanto a la competencia de la Corte. Ello impidió a

ese miembro unirse al consenso de la comisión sobre el sistema del proyecto de Estatuto.

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

Artículo 23

De la intervención del Consejo de Seguridad

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 21, la Corte tendrá competencia de conformidad con el presente Estatuto respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 20 siempre que el Consejo de Seguridad, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, decida remitirle el asunto.

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

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

Comentario

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

2) La Comisión entendió que el Consejo de Seguridad remitiría normalmente a la Corte un "asunto", en el sentido de una denuncia contra individuos designados por sus nombres. El párrafo 1 del artículo 23 prevé que el Consejo de Seguridad remita a la Corte un "asunto" es decir, una situación a la que se aplique el Capítulo VII de la Carta. A continuación incumbiría al Fiscal determinar qué

individuos deberán ser acusados de los crímenes a que hace referencia el artículo 20 dentro de ese asunto (véase el párrafo 4 del artículo 25).

3) Algunos miembros de la comisión expresaron preocupación por la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remitiera un asunto determinado a la Corte en cualesquiera circunstancias. Dejando aparte la cuestión del alcance de los poderes que el Capítulo VII confiere al Consejo de Seguridad (a cuyo respecto véase el párrafo 6 infra), les preocupaba que el párrafo 1 del artículo 23 se interpretara como un respaldo a la participación concreta del Consejo de Seguridad en el procedimiento penal contra individuos, algo que a su juicio nunca debería incumbir al Consejo.

4) Algunos miembros de la Comisión expresaron preocupación respecto de la vinculación entre el Consejo de Seguridad como órgano principal de las Naciones Unidas y un órgano creado en virtud de un tratado por un cierto número de Estados. Por otra parte se señaló que existen vínculos institucionales entre las Naciones Unidas y algunos de esos órganos (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y que en todo caso el Estatuto debía requerir la participación de una importante proporción de Estados para entrar en vigor.

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

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

7) Las disposiciones financieras relativas a la Corte dependerán de la relación que se establezca entre ésta y las Naciones Unidas, cuestión que se examina en el comentario al artículo 2. Si los gastos de las actuaciones con arreglo al Estatuto han de sufragarlos los Estados Partes y no a través del sistema de las Naciones Unidas se habrán de adoptar disposiciones especiales para cubrir los costos de los procesos en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 23.

8) El párrafo 2 del artículo 23 se refiere al caso concreto de una imputación de agresión. Toda responsabilidad penal de una persona por un acto o crimen de agresión presupone necesariamente que se ha determinado que un Estado ha cometido un acto de agresión y esa determinación correspondería al Consejo de Seguridad actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta. La cuestión consiguiente de si se puede acusar a una persona, por ejemplo porque esa persona actuó en nombre del Estado a tal título como para haber desempeñado un papel en la planificación y realización de la agresión, habría de decidirla la Corte.

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

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

11) Otro miembro señaló que en los párrafos 1 y 2 del artículo 23 se preveía el ejercicio de las competencias correspondientes al Consejo de Seguridad en su relación con el ejercicio de las competencias correspondientes a la Corte como una "cuestión prejudicial", conocida en algunos sistemas jurídicos. A modo de ejemplo se mencionaron los párrafos 2 y 3 del artículo 177 del Tratado por el que se crea la Comunidad Económica Europea.

12) En el párrafo 3 del artículo 23 se impide que se presente una denuncia o comience un enjuiciamiento, excepto de conformidad con una decisión del Consejo de Seguridad, en relación con una situación con respecto a la cual el Consejo de Seguridad esté tomando efectivamente medidas en virtud del Capítulo VII. Se reconoce la prioridad indicada en el Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas, así como la necesidad de coordinación entre la Corte y el Consejo de Seguridad en tales casos. Mas ello no confiere al Consejo un simple derecho de "veto" respecto de la iniciación de procedimientos. Es necesario que el Consejo ya esté adoptando medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o para hacer frente a un acto de agresión. Una vez concluida la acción iniciada en virtud del Capítulo VII, se restablece la posibilidad de iniciar procedimientos conforme al Estatuto.

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

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

15) También era de considerar que el artículo 23 introduciría en el Estatuto una desigualdad de fondo entre los Estados miembros del Consejo de Seguridad y los que no eran miembros del Consejo, así como entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y los demás Estados. No era probable que propiciara la adhesión más amplia posible de los Estados al Estatuto. Según esta opinión, era

preferible no incluir el artículo 23 en el Estatuto e insertar una cláusula de salvaguardia como párrafo del preámbulo en el tratado del que el estatuto sería un anexo, y dejar sentada en esa cláusula la primacía de la Carta. Tal cláusula de salvaguardia se encuentra en el preámbulo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 1974, sobre la Definición de la agresión, que dice así: "Nada de lo dispuesto en la presente definición podrá interpretarse en ningún sentido que afecte el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas".

Artículo 24

De las obligaciones de la Corte en materia de competencia

La Corte apreciará su propia competencia en todo asunto que se le someta.

Comentario

Este artículo tiene por objeto formular las funciones de la Corte (y de cada uno de sus órganos, según proceda) para cerciorarse de que tiene competencia en un asunto determinado. El artículo 34 contiene disposiciones detalladas sobre la impugnación de la competencia. Pero aun cuando no exista esa impugnación, hay una responsabilidad ex officio de la Corte en materia de competencia.

Título IV

DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Artículo 25

De la denuncia

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

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

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

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

Comentario

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

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

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

4) Un miembro de la Comisión sugirió que se autorizara al Fiscal a iniciar la investigación en ausencia de denuncia si resulta que un crimen, sujeto al parecer a la jurisdicción de la Corte, no va a ser debidamente investigado de no actuar el Fiscal. Sin embargo, otros miembros consideraron que la investigación y la promoción del procesamiento contra los crímenes previstos en el Estatuto no debería iniciarse sin el apoyo de un Estado o del Consejo de Seguridad, por lo menos en la actual fase de desarrollo del ordenamiento jurídico internacional.

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

Artículo 26

De la investigación de los presuntos crímenes

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

2. El Fiscal podrá:

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

b) Reunir las pruebas documentales y de otra índole;

c) Proceder a la inspección ocular;

d) Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el secreto de la instrucción o la protección de cualquier persona;

e) Según corresponda, pedir la colaboración de cualquier Estado o de las Naciones Unidas.

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

4. El Fiscal, si, tras la investigación y atendiendo, entre otras cosas, a las cuestiones a que se refiere el artículo 35, llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para iniciar un procesamiento con arreglo al presente Estatuto y decide no presentar la petición de procesamiento informará de ello a la Junta de Gobierno, comunicándole los pormenores de la naturaleza y el fundamento de la denuncia y los motivos de su resolución de no pedir auto de procesamiento.

5. A petición del Estado denunciante o, tratándose de los casos a que se refiere el artículo 23, a petición del Consejo de Seguridad, la Junta de Gobierno examinará la resolución del Fiscal de no iniciar la instrucción o no pedir auto de procesamiento, y podrá pedir al Fiscal que reconsidere su decisión.

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

a) Será informado, antes de ser interrogado, de que es sospechoso y de su derecho:

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

ii) a ser asistido por un defensor de su elección o, si carece de recursos para designar abogado, a que la Corte le otorgue el beneficio de justicia gratuita;

b) No será obligado a declarar ni a confesarse culpable; y

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

Comentario

1) El Fiscal, al recibir una denuncia, es el encargado de investigar el presunto crimen y de proceder contra el mismo. La Fiscalía investigará la denuncia a menos que el Fiscal, tras un examen inicial de la denuncia y de los documentos justificativos, llegue a la conclusión de que no existe fundamento para iniciar la investigación. En este caso, se informará de ello a la Junta de Gobierno (véase también el párrafo 5).

2) Al efectuar la investigación, la Fiscalía deberá estar facultada para interrogar a los presuntos culpables, las víctimas y los testigos, para reunir pruebas documentales, para proceder a la inspección ocular, etc. El Fiscal podrá recabar la cooperación de cualquier Estado y pedir a la Corte que dicte las órdenes oportunas para facilitar la investigación. Durante la investigación, el Fiscal podrá pedir a la Junta de Gobierno que dicte las órdenes de comparecencia y las órdenes de detención, dado que la sala correspondiente no se constituirá hasta una fase ulterior, cuando la investigación haya producido información suficiente para el auto de procesamiento y se haya adoptado la decisión de continuar el procedimiento.

3) En algunos sistemas penales se establece una distinción entre la fase de la investigación de la denuncia por la policía ("poursuite") y la fase ulterior, más formal, de preparación del procedimiento penal bajo el control del magistrado instructor ("instruction"). Aunque este sistema ofrece cierto número de garantías en cuanto a la integridad del procedimiento penal, no se ha adoptado en el proyecto de estatuto por diversas razones. En primer lugar, porque el Estatuto ofrece sus propias garantías de independencia del procedimiento penal y de los derechos del presunto culpable. En segundo lugar, porque se prevé que las denuncias no se someterán a la consideración de la Corte sin una investigación preliminar del Estado denunciante, la cual podrá sustituir en cierta medida al procedimiento de investigación inicial. Y, en tercer lugar, porque de lo que se trata en el Estatuto es de crear una estructura flexible que no suponga gastos indebidos ni proliferación de oficinas.

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

5) En la fase de investigación podrá interrogarse al presunto culpable de haber cometido un crimen, pero sólo tras haberle informado de los siguientes derechos: el derecho a no ser obligado a declarar o a confesarse culpable; el derecho a guardar silencio sin que ello signifique culpabilidad o inocencia; el derecho a ser asistido por un defensor de su elección el derecho a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo, y el derecho a disponer de intérprete durante el interrogatorio, si es necesario: véase el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6) Hay cierta repetición entre las disposiciones relativas a los derechos del presunto culpable, es decir, la persona que se cree que ha cometido un crimen pero aún no ha sido acusada y los derechos del acusado, es decir, la persona acusada oficialmente del crimen mediante el auto de procesamiento confirmado, con arreglo al artículo 27. Sin embargo, los derechos del acusado durante el

juicio tendrían poco valor sin el respeto de los derechos del presunto culpable durante la investigación, por ejemplo, el derecho a no ser obligado a confesar un crimen. Por eso, la Comisión consideró que era importante incluir una disposición separada para garantizar los derechos de una persona durante la fase de la investigación antes de haber sido de hecho acusada de un crimen. También es necesario distinguir entre los derechos del presunto culpable y los derechos del acusado, ya que los primeros no son tan extensos como los segundos. Por ejemplo, en esta fase el presunto culpable no tiene derecho a examinar a los testigos ni a que se le comuniquen las pruebas en poder de la acusación. Los derechos que se garantizan al acusado son los mencionados en el apartado e) del párrafo 1 y en el párrafo 2 del artículo 41.

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

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

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

Artículo 27

Del inicio del procedimiento penal

1. El Fiscal, si llega, a raíz de la investigación, a la conclusión de que existe un indicio racional de criminalidad, entregará al Secretario una petición de procesamiento en la que figurará una relación sucinta de los presuntos hechos y del crimen o los crímenes que se imputan al presunto culpable.

2. La Junta de Gobierno examinará la petición de procesamiento y los hechos u otros elementos en que se base y resolverá:

a) Si existe o no un indicio racional de la comisión de un crimen que es de la competencia de la Corte;

b) Si, atendiendo, entre otras cosas, a las cuestiones a que se refiere el artículo 35 y sobre la base de la información de que se dispone, el asunto debe someterse a la Corte.

En caso afirmativo, dictará auto confirmatorio del procesamiento y constituirá una sala de procesamiento de conformidad con el artículo 9.

3. Si, después de la suspensión de las actuaciones que sea necesaria para la presentación de elementos complementarios de juicio, la Junta de Gobierno decide no confirmar la petición de procesamiento, informará de ello al Estado denunciante, en los casos a los que se aplica el párrafo 1 del artículo 23, al Consejo de Seguridad.

4. La Junta de Gobierno podrá, a petición del Fiscal, modificar el auto de procesamiento y, en tal caso, dictará los mandamientos necesarios para que la modificación se notifique al procesado y éste disponga de tiempo adecuado para preparar su defensa.

5. La Junta de Gobierno dictará cualesquiera otras providencias necesarias para la ordenación material del juicio, en particular para:

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

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

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

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

Comentario

1) En tanto que la denuncia es el documento con el que se inicia la investigación del presunto crimen, el auto de procesamiento es el documento sobre cuya base comienza el procedimiento penal. Si, después de la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que existe un indicio racional de criminalidad contra el presunto culpable con respecto a un crimen comprendido dentro de la jurisdicción de la Corte, y que, habida cuenta del artículo 35, conviene comenzar el procedimiento penal, el Fiscal habrá de preparar un auto de procesamiento en el que figurará una relación sucinta de los hechos denunciados y la mención del crimen o los crímenes supuestamente cometidos. A estos efectos, por "indicio racional de criminalidad" se entiende un caso verosímil que (de no ser refutado por la defensa) constituirá base suficiente para declarar culpable al acusado de los cargos que se le imputan.

2) A continuación el Fiscal presenta el auto de procesamiento y los necesarios documentos justificativos a la Junta de Gobierno, la cual examina dicho auto y resuelve si en efecto existe o no un indicio racional de que la persona designada ha cometido el crimen denunciado y, si atendiendo a las cuestiones a que se refiere el artículo 35, el asunto al parecer cae dentro de la jurisdicción de la Corte. Si la respuesta a ambas cuestiones es afirmativa, la Corte deberá confirmar el auto de procesamiento y constituir una sala, de conformidad con el artículo 9, para celebrar el juicio. En este momento, cuando la Corte ha confirmado el auto de procesamiento, es cuando la persona es acusada oficialmente del crimen y el "presunto culpable" pasa a ser "acusado".

3) Antes de decidir si confirma o no el auto de procesamiento, la Junta de Gobierno podrá pedir al Fiscal que proporcione más información y suspender la decisión de confirmar o no el auto de procesamiento mientras se busca esa información, siempre que, habida cuenta del párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el procedimiento no sufra una dilación innecesaria. Podrá tenerse en cuenta la dilación, especialmente cuando el acusado esté privado de libertad (véase el párrafo 2 del artículo 28 y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 28). El procedimiento se tramitará en privado y sin notificación al sospechoso. No requerirá un examen de los testigos, sino que bastará con una lectura de la relación de hechos presentada por el Fiscal, que deberá reflejar plenamente el caso en la forma en que se encuentre en esta fase del procedimiento: véase el procedimiento especial de la sala de procesamiento previsto en el párrafo 4 del artículo 37.

4) Aunque esta forma de examen del auto de procesamiento es necesaria en aras de la fundamentación del caso y para asegurar que la Corte ejerza sólo jurisdicción en las circunstancias previstas en el Estatuto, hay que destacar que no debe considerarse en modo alguno que con la confirmación del auto de procesamiento el Tribunal prejuzga la culpabilidad o la inocencia efectivas del acusado. La confirmación se produce en ausencia del acusado y sin notificación al mismo, y sin evaluación alguna por parte de la defensa como la que se presentará en el juicio oral.

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

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

7) Una vez confirmado el auto de procesamiento, la Junta de Gobierno podrá dictar orden de detención (al respecto véase el artículo 28) y las demás órdenes requeridas para el procedimiento penal y la celebración del juicio, incluidas

las órdenes particulares mencionadas en el párrafo 5. No obstante, se pretende que la sala, una vez constituida, se encargue del ulterior procedimiento previo al juicio.

8) Si, después de cualquier dilación que sea necesaria, no se confirma el auto de procesamiento, el procedimiento termina y el presunto culpable, si se encuentra privado de libertad por razón de la denuncia, tendrá normalmente derecho a ser puesto en libertad. Esto naturalmente se entenderá sin prejuicio de cualquier otro fundamento lícito para la detención del presunto culpable, por ejemplo, en virtud del derecho interno. El Estado denunciante o el Consejo de Seguridad (en un caso iniciado por éste a tenor del párrafo 1 del artículo 23) deben ser informados de toda decisión de no confirmar el auto de procesamiento.

Artículo 28

De la detención

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

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

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

2. El presunto culpable detenido preventivamente será puesto en libertad si el auto de procesamiento no ha sido confirmado en un plazo de 90 días a contar de la detención o en el plazo más largo que fije la Junta de Gobierno.

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

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

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

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

Comentario

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

2) Antes de confirmar el auto de procesamiento, la Junta de gobierno podrá ordenar la detención o prisión del presunto culpable partiendo de una determinación preliminar de que hay razones suficientes para hacerlo y de que

existe el riesgo real de que no pueda garantizarse de otra forma la presencia del presunto culpable en el juicio (véase el párrafo 1). Esto se denomina aquí detención preventiva, siguiendo la terminología generalmente utilizada en los acuerdos de extradición y contenida en la resolución 45/166 de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1990, anexo, Tratado modelo de extradición, artículo 9. En algunos sistemas jurídicos se habla de prisión provisional, pero a los efectos del presente Estatuto conviene distinguir entre la detención de la persona y la subsiguiente prisión de la misma.

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

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

Artículo 29

De la prisión provisional o la libertad provisional

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

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

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

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

Comentario

1) En el artículo 29 se trata de la cuestión de la prisión provisional o la libertad provisional. Está redactado de forma que con él quede garantizado el cumplimiento de lo previsto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos. En el artículo 29 se prevé que toda persona detenida en cumplimiento de una orden dictada en virtud del artículo 28 será entregada sin demora a un funcionario judicial del Estado en cuyo territorio se haya efectuado la detención, funcionario que determinará, de conformidad con los procedimientos aplicables en ese Estado, si la orden se ha comunicado en debida forma y si se han respetado los derechos del acusado. La Comisión reconoce el riesgo que puede existir en la atribución de esas facultades a un funcionario del Estado (por lo general, a un magistrado o a una persona que ejerza funciones análogas con arreglo al derecho interno), en lugar de a un órgano de la Corte. No obstante, es esencial que, de conformidad con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ofrezca sin demora esta oportunidad preliminar de examen de la detención, examen que en la práctica sólo de este modo puede llevarse a cabo. Dado que, por hipótesis, el Estado en cuyo territorio se haya efectuado la detención cooperará con la Corte, no hay motivo para suponer que este procedimiento preliminar vaya a provocar dificultades.

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

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

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

Artículo 30

De la notificación del auto de procesamiento

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

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

b) En cualquier otro caso, el auto de procesamiento confirmado;

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

2. En cualquiera de los casos a los que se aplique el apartado a) del párrafo 1, el auto de procesamiento se entregará al procesado lo más pronto posible después de que haya sido confirmado.

3. Si, 60 días después de confirmado el auto de procesamiento, el procesado no se halla detenido o preso en virtud de una orden dictada de conformidad con el párrafo 3 del artículo 28, o si, por alguna otra razón, no pueden cumplirse los requisitos algún otro medio de poner el auto de procesamiento en conocimiento del acusado.

Comentario

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

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

3) Para el caso de que el procesado no haya sido detenido en el plazo de 60 días después de la fecha del auto de procesamiento, el párrafo 3 prevé un procedimiento subsidiario para poner en su conocimiento dicho auto. Lo probable es que eso se haga como requisito previo para la reunión en sesión pública de una sala especial de procesamiento con arreglo al párrafo 4 del artículo 37. La notificación podría hacerse también por otros medios o en el caso de las personas que se encuentren bajo el control de un gobierno, mediante una comunicación a ese gobierno.

4) Como el artículo 28, el artículo 30 trata solamente de la notificación que obligatoriamente debe hacer la Corte. De las cuestiones de asistencia judicial

por parte de los Estados se trata en el título VII. Por otra parte, se prevé que el Reglamento regule el procedimiento oportuno de legalización de los documentos incluidos en las solicitudes que se formulen con arreglo a estos artículos.

Artículo 31

Colaboradores a disposición del Fiscal

1. El Fiscal podrá pedir a todo Estado Parte que ponga a su disposición colaboradores, de conformidad con el párrafo 2.

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

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

Comentario

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

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

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

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

Título V

DEL JUICIO ORAL

Artículo 32

Del lugar de celebración del juicio oral

A menos que la Junta de Gobierno decida otra cosa, el lugar de celebración del juicio oral será la sede de la Corte.

Comentario

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

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

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

Artículo 33

Del derecho aplicable

La Corte aplicará:

a) El presente Estatuto;

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

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

Comentario

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

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

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

4) En relación con el artículo 33, lo mismo que en relación con el artículo 20, varios miembros de la Comisión recordaron las vinculaciones que debían establecerse entre el proyecto de Estatuto y el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y reiteraron su opinión de que el derecho que aplicara la Corte debía derivarse de ese Código.

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

Artículo 34

De la impugnación de la competencia

Podrán impugnar la competencia de la Corte, de conformidad con el Reglamento:

a) El acusado o cualquier Estado interesado, antes de iniciarse o al iniciarse la vista; y

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

Comentario

1) Es ésta, como se explica en la introducción al título III supra, una disposición importante, con la que se pretende garantizar la fiel observancia por la Corte del alcance de su jurisdicción, definido por el Estatuto. La Corte puede ver impugnada su competencia, con arreglo al artículo 34, ya por el acusado ya por cualquier Estado interesado. La expresión "Estado interesado" no se define, pero debe interpretarse ampliamente. Así por ejemplo, un Estado que haya presentado una solicitud de extradición de un acusado tendrá que ser considerado como "Estado interesado" a este respecto, como debe serlo también cualquier Estado cuya cooperación se haya recabado con arreglo al título VII del Estatuto.

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

Artículo 35

De las cuestiones de admisibilidad

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

a) Ha sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y la decisión de ese Estado de no entablar procedimiento está aparentemente bien fundada;

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

c) No es de gravedad suficiente para justificar la intervención de la Corte.

Comentario

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

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

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

Artículo 36

Del procedimiento aplicable en el caso de los artículos 34 y 35

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

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

Comentario

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

2) De lo que se trata es de que, en la medida de lo posible todas las impugnaciones que se hagan con arreglo a los artículos 34 y 35 se resuelvan conjuntamente lo antes posible. Lo esencial es que la cuestión esté decidida en

un sentido o en otro cuando se inicie el juicio. Así, si un Estado presenta una impugnación con arreglo a los artículos 34 y 35, tanto el acusado como el Estado denunciante tienen pleno derecho a ser oídos, pero no deben ser ulteriormente autorizados a plantear de nuevo la cuestión. Estas cuestiones habrá de decidirlas la Sala de Primera Instancia como se prevé en el párrafo 2, sin perjuicio de la posibilidad que se establece de remitir a la Sala de Apelaciones cualquier asunto que plantee cuestiones de principios generales.

Artículo 37

De la presencia del acusado en el juicio oral

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

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

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

b) Si perturba continuamente el juicio oral;

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

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

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

b) El acusado esté asistido por un defensor letrado, de ser necesario nombrado por la Corte.

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

a) Hacer constar en autos las pruebas aportadas;

b) Determinar si las pruebas presentadas contra el acusado constituyen un indicio racional de la existencia de un crimen sujeto a la competencia de la Corte; y

c) Dictar y hacer pública una orden de detención contra el acusado respecto del cual se hayan comprobado indicios racionales de criminalidad.

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

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

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

Comentario

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

2) El proyecto de Estatuto de 1993 preveía únicamente que el acusado tendría derecho "a hallarse presente en el juicio, a menos que la Corte, oídas las alegaciones y practicadas las pruebas que estime necesarias, resuelva que la ausencia del acusado es intencionada" (apartado d) del párrafo 1 del artículo 40). Muchos gobiernos estimaban que, como expresión del derecho del acusado a estar presente en el juicio, derecho que se formulaba en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esa fórmula podía considerarse suficientemente equilibrada, pero otros se opusieron a ella.

3) La solución del proyecto de Estatuto de 1993 planteaba, en todo caso, un problema por cuanto no regulaba las consecuencias de la ausencia del acusado. En cambio, los órganos internacionales de derechos humanos que se han ocupado del apartado d) del párrafo 1 del artículo 14 y otras normas equivalentes, han mantenido que el juicio en rebeldía debe, para estar en armonía con las normas sobre derechos humanos, ser cuidadosamente regulado, con disposiciones sobre notificación del acusado, provisionalidad de la sentencia y revisión de la misma en caso de ulterior comparecencia, etc. Véase, por ejemplo, el caso Mbenge c. Zaire (comunicación No. 16/1977, observaciones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos con fecha 25 de marzo de 1983), en Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo (1990), vol. 2. pág. 83; y las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Colozza c. Italia (1985) Ser. A, No. 89, FCB c. Italia (1991), Ser. A, No. 208-B, T. c. Italia (1992), Ser. A, No. 245-C, y Poitrimol c. Francia (1993), Ser. A, No. 277-A. Véanse también las orientaciones bastante detalladas que se dan en la Resolución (75) 11 del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 1975 ("Sobre los criterios por los que se han de regir los procedimientos celebrados en ausencia del acusado"). El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia prevé evidentemente la posibilidad de que el acusado no esté presente en el juicio (véase el párrafo 2 del artículo 20). El reglamento de ese tribunal, aunque sin prever el juicio en rebeldía como tal, establece una especie de confirmación pública del auto de procesamiento en aquellos casos en que el acusado no ha podido ser obligado a comparecer, procedimiento que parece responder a algunas de las finalidades del juicio en rebeldía (véase el artículo 61). Así por ejemplo, permite la publicación de "una orden internacional de detención", que puede hacer del acusado, en cierto sentido, un fugitivo de la justicia internacional.

4) La Comisión cree que es justo empezar (como hacía la resolución del Consejo de Europa de 1975) con la fórmula de que la presencia del acusado en el juicio

es "de vital importancia", no sólo habida cuenta del apartado b) del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino también con miras a la investigación de los hechos y, en el caso de que el acusado sea declarado culpable, a la imposición de una pena adecuada y aplicable. "Sólo en casos excepcionales" deberían admitirse las excepciones a ese principio.

5) El principio en sí se establece en forma de "regla general" en el párrafo 1. El párrafo 2 admite tres excepciones, a saber: las razones de salud y la necesidad de proteger la seguridad de un acusado que se halle bajo custodia o haya sido puesto en libertad en espera del juicio; la continua perturbación del juicio por el acusado (siempre que previamente se le haya advertido sobre las consecuencias de su comportamiento); y el hecho de que el acusado se haya fugado, mientras, de conformidad con el Estatuto, se halle bajo custodia o haya aprovechado su libertad provisional bajo fianza para fugarse. La Sala decidirá si procede continuar el juicio en ausencia del acusado por cualquiera de esas circunstancias.

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

7) Por otra parte, la Comisión consideró interesante la solución adoptada en el Reglamento del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, a que ya se ha hecho referencia. Por eso, en el párrafo 4 se prevé la posibilidad de que, en el Reglamento de la Corte, se establezca un procedimiento análogo ante una Sala de Procesamiento, que examinará y hará constar en autos las pruebas aportadas, determinará públicamente si esas pruebas constituyen un indicio racional de culpabilidad del acusado y adoptará todas las medidas de que disponga para que éste comparezca ante la Corte para ser juzgado. Dado que los miembros de la Sala escucharán de hecho a los testigos y se pronunciarán públicamente sobre su credibilidad (aunque, sólo en lo que a los "indicios racionales de culpabilidad" se refiere), parece conveniente, habida cuenta de las consideraciones examinadas en el comentario al párrafo 4 del artículo 8, que se excluya a los miembros de la Sala de Procesamiento del juicio ulterior del acusado: véase el párrafo 5.

Artículo 38

De las funciones y los poderes de la Sala de Primera Instancia

1. Al iniciarse el juicio oral, la Sala:

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

b) Velará por que los requisitos del apartado b) del párrafo 4 del artículo 27 y los del artículo 30 se cumplan con la suficiente antelación para que pueda prepararse debidamente la defensa;

c) Apreciará que se respeten los demás derechos del acusado a tenor del presente Estatuto, y

d) Permitirá que éste se confiese culpable o se proclame inocente.

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

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

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

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

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

b) Ordenar la comparecencia de testigos y recibirles testimonio;

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

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

e) Proteger el carácter confidencial de la información; y

f) Mantener el orden en el transcurso de la vista.

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

Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 39

Del principio de legalidad (nullum crimen sine lege)

El acusado sólo podrá ser declarado culpable:

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

b) De haberse procedido contra él por un crimen de los previstos en el apartado e) del artículo 20, si el tratado considerado era aplicable a la conducta del acusado, en el momento en que se produjo la acción u omisión.

Comentario

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

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

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

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

Artículo 40

De la presunción de inocencia

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

Comentario

En el artículo 40 se reconoce que en un proceso penal el acusado tiene derecho a una presunción de inocencia y que la carga de la prueba recae en el Fiscal. La presunción de inocencia se reconoce en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"). El Estatuto, por ser la norma fundamental que rige los juicios ante la Corte, es lo que da contenido a las palabras "conforme a la ley". A juicio de la Comisión, el Fiscal debe asumir la carga de probar todos los elementos del crimen fuera de toda duda razonable, y el artículo 40 así lo dispone.

Artículo 41

De los derechos del acusado

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

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

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

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 37, a hallarse presente en el juicio, a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tiene asistencia letrada, de su derecho a tenerla y a que la Corte le nombre de oficio un

defensor y le otorgue el beneficio de justicia gratuita, si carece de recursos para designar abogado;

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

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

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

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

Comentario

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

"Artículo 14

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

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

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

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

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

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3) En el párrafo 2 se establece la obligación general del Fiscal de comunicar las pruebas de descargo que lleguen a su poder antes de la conclusión del juicio oral, decida o no la Fiscalía aducir esas pruebas. En caso de duda, (por ejemplo, sobre si la información sería admisible como prueba), el Fiscal debe solicitar instrucciones de la Sala de Primera Instancia. Por otra parte, no hay obligación de revelar las pruebas de cargo que no vayan a ser utilizadas por el Fiscal durante el juicio.

Artículo 42

Non bis in idem

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

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

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

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

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

Comentario

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

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

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

artículo II de la Convención sobre el Genocidio. Esa Absolución no excluye el juicio ulterior de la misma persona por asesinato ante un tribunal nacional.

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

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

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

7) En cuanto a la segunda excepción, el apartado b) del párrafo 2 recoge la opinión de que la Corte debe poder juzgar a un acusado si la anterior causa penal por los mismos actos fue realmente un "simulacro" de proceso, posiblemente destinado incluso a proteger a la persona de ser juzgada por la Corte. La Comisión adoptó las palabras "la causa no fue instruida con diligencia" en la inteligencia de que no se pretende que se apliquen en caso de simples fallos o errores por parte del anterior órgano judicial, sino a una falta de diligencia en grado tal que esté calculada para permitir que el acusado eluda su responsabilidad real respecto de los actos de que se trate. El apartado b) del párrafo 2 está destinado a aplicarse únicamente en casos excepcionales.

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

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

Artículo 43

De la protección del acusado, las víctimas y los testigos

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

Comentario

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

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

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

Artículo 44

Del modo de practicar las pruebas

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

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

3. La Corte podrá requerir que se le informe de la naturaleza de cualquier diligencia de prueba antes de que sea practicada, a fin de resolver sobre su admisibilidad o pertinencia.

4. La Corte no exigirá la prueba de los hechos notorios, sino que podrá tenerlos en cuenta de oficio.

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

Comentario

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

2) Para contribuir a asegurar la veracidad del testimonio, los testigos deben comprometerse a decir la verdad, en la forma que prescriba el Reglamento. En los ordenamientos jurídicos de algunos Estados el acusado no tiene la obligación de prestar juramento antes de dar testimonio; corresponderá al Reglamento tener en cuenta estas situaciones. El Estatuto no incluye una disposición que tipifique como delito el dar falso testimonio ante la Corte. En definitiva, la Comisión estimó que el enjuiciamiento por perjurio debía efectuarse ante el tribunal nacional apropiado y el párrafo 1 así lo dispone.

3) Podrá requerirse a la acusación o a la defensa para que informen a la Corte de la naturaleza y finalidad de las pruebas que se hayan de presentar en el juicio, a fin de resolver sobre su pertinencia o admisibilidad (véase el párrafo 2, que es similar al artículo 20 del Estatuto de Nuremberg). Esto debe ayudar a la Corte a lograr un juicio expedito de alcance limitado a la determinación de la validez de los cargos contra el acusado y las cuestiones conexas. Algunos miembros subrayaron asimismo la conveniencia de esta disposición para impedir que la obtención o presentación de pruebas se utilizara como táctica dilatoria durante el proceso, así como los costos considerables que podría entrañar la traducción de pruebas inadmisibles o baladíes. Otros miembros expresaron la firme opinión de que esta disposición no debía interpretarse en el sentido de que permitiera a la Corte excluir pruebas en procedimientos a instancia de parte o a puerta cerrada.

4) En virtud del párrafo 3 la Corte podrá tener en cuenta de oficio los hechos notorios en lugar de exigir la prueba de los mismos (véase el artículo 21 del Estatuto de Nuremberg).

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

Artículo 45

Del quórum y la sentencia

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

2. Las decisiones de la Sala de Primera Instancia se adoptarán por mayoría de los magistrados. Tres magistrados por lo menos deberán

coincidir en la decisión condenatoria o absolutoria, así como en la pena que haya de imponerse.

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

4. Las deliberaciones de la Corte se celebrarán a puerta cerrada.

5. La sentencia deberá adoptar la forma escrita y contener una exposición completa y razonada de los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho. Se leerá en audiencia pública y no se dictará otra sentencia.

Comentario

1) En el artículo 45 se establecen las normas generales relativas al quórum necesario durante el proceso y el grado de acuerdo requerido para tomar decisiones.

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

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

4) Las deliberaciones de la Corte se han de celebrar a puerta cerrada y deben ser secretas: véase el párrafo 4.

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

6) Como se indicó en el comentario al artículo 42, la absolución respecto de una acusación con arreglo al Estatuto no excluye la posibilidad de que el acusado pueda ser culpable de algún crimen por los mismos hechos según el

derecho interno. Ya no estaría justificado detener a un acusado después de una sentencia absolutoria definitiva dictada con arreglo al Estatuto, pero la Corte, a reserva de la regla de especialidad establecida en el artículo 55, deberá poder concertar el traslado de una persona al Estado correspondiente en esas circunstancias.

Artículo 46

De la imposición de la pena

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

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

Comentario

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

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

Artículo 47

De las penas aplicables

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

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

b) Una multa.

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

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

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

c) Del Estado bajo cuya custodia y jurisdicción se hallaba el acusado.

3. Las multas satisfechas podrán ser transferidas, por orden de la Corte, conjunta o separadamente:

a) Al Secretario, para sufragar las costas procesales;

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

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

Comentario

1) En el artículo 47 se especifican las penas que puede imponer la Corte al determinar la sanción apropiada en cada caso. Son penas privativas de libertad que pueden llegar hasta la reclusión a perpetuidad y multas de una cuantía específica. La Corte no está autorizada a imponer la pena capital.

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

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

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

5) Algunos miembros estimaron que debían preverse excepcionalmente sanciones distintas del encarcelamiento. En particular, debía facultarse a la Corte, en su opinión, para ordenar el servicio a la comunidad en ayuda de las víctimas o

de la sociedad en general. Otros miembros subrayaron que, como la Corte se ocuparía sólo de los crímenes más graves, la idea del "servicio a la comunidad" resultaba totalmente inapropiada.

Título VI

DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 48

De la apelación contra las sentencias o las penas

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

2. Salvo decisión en contrario de la Sala de Primera Instancia, el penado permanecerá privado de libertad mientras se resuelve la apelación.

Comentario

1) Según el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Este derecho se prevé en el artículo 25 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. Igualmente se prevé en el artículo 48 del presente Estatuto. El derecho de apelación puede ser regulado por el Reglamento, por ejemplo, en cuestiones tales como los plazos de apelación.

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

Artículo 49

Del procedimiento de apelación

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

2. Si resuelve que las actuaciones impugnadas no fueron imparciales o que la decisión adolece de un error de hecho o de derecho, la Sala podrá:

a) Si la apelación es interpuesta por el penado, revocar o reformar la resolución o, de ser necesario, ordenar la celebración de un nuevo juicio oral;

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

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

4. La resolución de la Sala se adoptará por mayoría de los magistrados y se le dará lectura en audiencia pública. Se necesitarán seis magistrados para alcanzar el quórum.

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

Comentario

1) El artículo 49 regula el procedimiento de apelación. La apelación es oída por la Sala de Apelaciones (al respecto, véanse los párrafos 1 a 3 del artículo 9), presidida por el Presidente o (si éste no está disponible o es recusado) por un Vicepresidente. Aunque, según el artículo 48, el derecho de apelación previsto en el artículo 48 existe tanto para el Fiscal como para la defensa, y se extiende por igual a los errores de procedimiento, a los errores de hecho o de derecho y a la desproporción entre el crimen y la pena, existe una importante diferencia entre la apelación efectuada por el Fiscal y la efectuada por la defensa. La única reforma que la Corte puede conceder en caso de apelación interpuesta por el Fiscal frente a la absolución de una acusación determinada es ordenar la celebración de un nuevo juicio oral. La Sala de Apelaciones no tiene la posibilidad de revocar o reformar la decisión de la Sala de Primera Instancia y absolver a un acusado de una acusación determinada si no es anulando esa decisión como primer paso para un nuevo juicio oral. En todos los demás aspectos la Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia.

2) Así pues, la Sala de Apelaciones combina algunas de las funciones de la apelación de los sistemas de tradición romanista con algunas de las funciones de casación. Esto se consideró conveniente teniendo en cuenta la existencia de una sola apelación frente a las decisiones adoptadas en el juicio oral.

3) No todo error cometido en el juicio oral tiene por qué conducir a una revocación o anulación de la decisión. El error tiene que haber constituido elemento importante de la decisión adoptada. Esto se expresa en el párrafo 2 al requerir por la revocación que las actuaciones procesales en conjunto no hayan sido imparciales o que la decisión adolezca de un error. En cuanto a la sentencia, el párrafo 3 requiere para que la Corte la modifique, que haya desproporción manifiesta entre el crimen y la pena. La Corte, como los tribunales nacionales de apelación, necesariamente tendrá que proceder con discrecionalidad en estas cuestiones, y en caso de duda deberá resolver en favor del penado.

4) Las decisiones se adoptarán por mayoría (es decir, cuatro magistrados de la Corte) y deberán hacerse públicas.

5) Lo mismo que el artículo 45, el artículo 49 no permite opiniones disidentes o particulares. Aunque algunos miembros consideraron que opiniones de esa naturaleza no deberían permitirse por las razones expresadas en relación con el párrafo 5 del artículo 45, otros consideraron que eran esenciales en las decisiones de apelación que versen sobre cuestiones importantes de derecho material o procesal. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que no

debería discriminarse entre ambas situaciones y que en apelación las opiniones disidentes o particulares deberían prohibirse.

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

Artículo 50

De la revisión

1. El penado o el Fiscal podrán, de conformidad con el Reglamento, pedir a la Junta de Gobierno que se revise una decisión condenatoria, por haberse descubierto pruebas de las que no dispusieran en el momento de dictarse o confirmarse la decisión condenatoria y que habrían podido influir de manera decisiva en la sentencia.

2. La Junta de Gobierno pedirá al Fiscal, o al penado en su caso, que indiquen por escrito si la petición debe aceptarse o rechazarse.

3. La Junta de Gobierno, si opina que las nuevas pruebas pueden dar lugar a la revisión de la condena, podrá:

a) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia;

b) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o

c) Remitir el asunto a la Sala de Apelaciones,

a fin de que la Sala de que se trate, una vez oídas las partes, determine si las nuevas pruebas deben dar lugar a la revisión de la condena.

Comentario

1) El penado podrá, de conformidad con el Reglamento, pedir la revisión de la sentencia por haberse descubierto nuevas pruebas, que el acusado desconocía en el momento de celebrarse el juicio o de interponerse la apelación y que habría podido influir de manera decisiva en la declaración de culpabilidad. Esto refleja lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el párrafo 1 del Artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y es una garantía necesaria contra la posibilidad de un error de hecho que concierna a elementos que no estaban a disposición del acusado y que, por lo tanto, no fueron sometidos a la atención de la Corte en el momento del juicio inicial o de cualquier apelación. La Comisión cree que la revisión sólo debería ser posible en caso de condena. El Estatuto contiene salvaguardias contra la incoación infundada de un procedimiento penal (véanse, por ejemplo, los párrafos 1 y 4 del artículo 26 y el párrafo 2 del artículo 27), pero una vez que un procedimiento ha sido debidamente iniciado y tramitado sería una violación del principio non bis in idem permitir la revisión de una absolución por haberse descubierto nuevas pruebas (véase el párrafo 2 del artículo 42). Por otra parte, el derecho de apelar solicitando la revisión de una condena debería extenderse tanto al Fiscal como al penado, dado que el Fiscal tiene igual interés que la defensa en lograr un resultado justo y convincente en el procedimiento incoado con arreglo al Estatuto.

2) El derecho de solicitar la revisión debe basarse en nuevas pruebas que habrían podido influir de manera decisiva en la condena. No se extiende, por ejemplo, a presuntos errores en la evaluación de los hechos presentados en el juicio oral o a errores de derecho o vicios de procedimiento, que son objeto del procedimiento de apelaciones. Teniendo en cuenta estas limitaciones y la necesidad de evitar apelaciones frívolas, la Junta de Gobierno, en virtud del párrafo 3, tiene la facultad de decidir si acepta o no la petición de revisión. Si, tras examinar los escritos presentados por el penado y el Fiscal, decide aceptar la petición, puede hacer que se reúna de nuevo la Sala de Primera Instancia, constituir una nueva sala o (por ejemplo, si no se duda de la verdad del nuevo hecho invocado) remitir el asunto a la Sala de Apelaciones.
El procedimiento que habrá de seguirse para la audiencia de una petición de revisión deberá regularlo el Reglamento.

Título VII

DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 51

De la cooperación y la asistencia judicial

1. Los Estados Partes cooperarán con la Corte en las diligencias de instrucción penal y en los procesos que se entablen en virtud del presente Estatuto.

2. El Secretario podrá transmitir a cualquier Estado una solicitud de cooperación y asistencia judicial respecto de un crimen, para pedir ayuda en particular, pero no exclusivamente, sobre:

a) La identificación y búsqueda de personas;

b) La recepción de declaraciones y la práctica de diligencias de prueba;

c) La tramitación de documentos;

d) La detención o prisión preventiva de personas; y

e) Cualquier otra gestión que pueda facilitar la administración de justicia, incluida la adopción de las medidas provisionales o cautelares necesarias.

3. Al recibir una solicitud a tenor del párrafo 2:

a) En los casos a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del artículo 20, todos los Estados Partes;

b) En cualquier otro caso, los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte respecto del crimen considerado;

atenderán sin demora la solicitud.

Comentario

1) El efectivo funcionamiento de la Corte dependerá de la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados. Así pues, los Estados Partes en el Estatuto deberán cooperar con las investigaciones penales efectuadas por el Fiscal y responder sin excesiva dilación a cualquier petición de la Corte relativa, por ejemplo, a la búsqueda de personas, la recepción de declaraciones, la práctica de diligencias de prueba, la tramitación de documentos, etc. El artículo 51 establece esta obligación general en términos adaptados del artículo 29 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, quedando entendido que las cuestiones relativas a su aplicación se resolverán entre la Corte y el Estado requerido. El artículo 51 se entiende sin perjuicio de las obligaciones más precisas y graduadas que establece, por ejemplo, el artículo 53 en relación con el traslado de los acusados.

2) Una importante diferencia con respecto al Tribunal yugoslavo es que la presente Corte tiene competencia respecto de una gama más amplia de cuestiones y que su competencia no está limitada en el tiempo ni en el espacio. Además, algunos de los Estados Partes en el Estatuto tal vez no sean partes en uno o más de los tratados enumerados en el Anexo o no hayan aceptado la competencia de la Corte sobre los crímenes definidos en esos tratados. Tendrían que tomarse en cuenta estos factores al poner en práctica la obligación general de cooperar estipulada en el párrafo 1.

3) Algunos miembros de la Comisión consideraron que el artículo 51 iba demasiado lejos al imponer la obligación general de cooperación a los Estados Partes en el Estatuto, independientemente de que sean partes en los tratados correspondientes o de que hayan aceptado la competencia de la Corte con respecto al crimen de que se trate. Esos miembros preferían, por consiguiente, que en el artículo 51 se dijese simplemente que las partes se esforzarían por cooperar, confirmando así la disposición de un mayor grado de flexibilidad y discrecionalidad.

4) El párrafo 2 es una disposición que faculta al Secretario para dirigir a los Estados solicitudes de cooperación. El párrafo 3 requiere la pronta contestación a esas solicitudes por parte de los Estados que en él se especifican. No exige explícitamente a los Estados que atiendan a esas solicitudes, puesto que dependerá de las circunstancias el que puedan hacerlo o no: por ejemplo, un Estado no puede detener a la persona que ha huido de su territorio. La obligación sustantiva de los Estados Partes en cuanto a las solicitudes hechas a tenor del párrafo 2 se regula en el párrafo 1.

Artículo 52

De las medidas cautelares

1. En caso de necesidad, la Corte podrá pedir a cualquier Estado que adopte las necesarias medidas cautelares, en particular:

a) Que proceda a la detención preventiva de un presunto culpable;

b) Que recoja documentos u otras pruebas materiales; o

c) Que impida cualquier daño o intimidación de un testigo o la destrucción de pruebas materiales.

2. Para complementar la petición hecha a tenor del párrafo 1, la Corte presentará cuanto antes y, en cualquier caso, dentro de los 28 días, una solicitud oficial de asistencia de conformidad con el artículo 57.

Comentario

1) Cuando las circunstancias lo requieran, la Corte podrá pedir a un Estado que adopte medidas cautelares, en particular, medidas para impedir que el acusado salga de su territorio o para impedir la destrucción de pruebas que se encuentren en el mismo. Esa petición puede incluir la detención preventiva del presunto culpable en virtud de una orden dictada con arreglo al párrafo 1 del artículo 28. Véase también el artículo 9 del Tratado Modelo de Extradición aprobado por la Asamblea General en la resolución 45/116 de 14 de diciembre de 1990.

2) La solicitud de medidas cautelares tal vez tenga que hacerse con mucha rapidez y en circunstancias que requieran demasiado tiempo para preparar una solicitud plenamente documentada. El párrafo 2 dispone que la solicitud oficial de asistencia prevista en el título VII deberá efectuarse dentro de los 28 días a contar desde la solicitud provisional.

3) El artículo 52 es básicamente una disposición que atribuye facultades a la Corte. Las obligaciones de cooperación por los Estados Partes se tratan en el párrafo 1 del artículo 51.

Artículo 53

Del traslado del inculpado para ponerlo a disposición de la Corte

1. El Secretario transmitirá a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse la persona inculpada una orden de detención y traslado dictada en virtud del artículo 28 y solicitará la cooperación de ese Estado para la detención y traslado de esa persona.

2. Una vez recibida la solicitud a tenor del párrafo 1:

a) Todos los Estados Partes:

i) en los casos a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del artículo 20, o

ii) que han aceptado la competencia de la Corte respecto del crimen considerado

adoptarán inmediatamente, a reserva de lo dispuesto en los párrafos 5 y 6, medidas para detener y trasladar a la persona inculpada y ponerla a disposición de la Corte;

b) En el caso de uno de los crímenes a que se refiere el apartado e) del artículo 20, el Estado Parte que sea también parte en el tratado aplicable pero no haya aceptado la competencia de la Corte para conocer de ese crimen deberá, si decide no trasladar al inculpado para ponerlo a disposición de la Corte, adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para proceder a la extradición del inculpado o remitir el

asunto a sus autoridades competentes a los efectos de incoación de un proceso penal;

c) En cualquier otro caso, todo Estado Parte deberá examinar si puede, de conformidad con sus procedimientos judiciales, adoptar medidas para detener a la persona inculpada y ponerla a disposición de la Corte o si debe adoptar medidas para conceder la extradición del acusado al Estado solicitante o remitir el asunto a sus autoridades competentes a los efectos de incoación de un proceso penal.

3. El traslado del inculpado para ponerlo a disposición de la Corte equivale, en las relaciones entre los Estados Partes que aceptan la competencia de la Corte respecto del crimen considerado, a la ejecución de toda disposición de un tratado que exija que se conceda la extradición del presunto culpable o que se remita el asunto a las autoridades competentes del Estado solicitado a los efectos de incoación de un proceso penal.

4. El Estado Parte que acepte la competencia de la Corte respecto del crimen considerado deberá en lo posible dar a cualquier solicitud formulada de conformidad con el párrafo 1 preferencia sobre las solicitudes de extradición formuladas por otros Estados.

5. Todo Estado Parte podrá aplazar el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2 si el inculpado se halla bajo su custodia y se le ha formado causa penal por un delito grave o cumple la pena impuesta por un tribunal por un hecho delictivo. Ese Estado informará al Secretario, dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud, de las razones del aplazamiento. En tales casos, el Estado requerido:

a) Podrá consentir en el traslado temporal del inculpado a los efectos de su procesamiento en virtud del presente Estatuto; o

b) Se atendrá a lo preceptuado en el párrafo 2 una vez que se haya concluido o sobreseído el procedimiento, o que se haya cumplido la pena, según sea el caso.

6. Todo Estado Parte podrá, dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud a que se refiere el párrafo 1, depositar en poder del Secretario una petición escrita de anulación de la solicitud o de sobreseimiento por motivos precisos. El Estado podrá, hasta que la Corte resuelva sobre esa petición, aplazar el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2, pero adoptará las medidas cautelares necesarias para asegurar que el inculpado permanezca bajo su custodia.

Comentario

1) Habida cuenta del artículo 37 del Estatuto y de la necesidad de establecer una clara relación entre las vigentes obligaciones de juzgar o conceder la extradición y el Estatuto, el artículo 53 es una disposición de crucial importancia. Por las razones expuestas en el comentario al artículo 51, es necesario distinguir entre los diferentes niveles de obligación que los Estados Partes en el Estatuto pueden haber asumido, que pueden ir desde no ser partes en un tratado pertinente que defina un crimen, por un lado, hasta haber aceptado la competencia de la Corte sobre esos crímenes en todos los casos, por el otro. El artículo 53 está redactado en consecuencia. Además, el Estatuto difiere del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, el párrafo 2 de

cuyo artículo 9 proclama la primacía del Tribunal sobre los tribunales nacionales. En contraste con esto, el presente Estatuto en principio funciona sobre la base de la jurisdicción concurrente.

2) En primer lugar, el Secretario podrá solicitar de cualquier Estado que coopere en la detención y traslado del inculpado de conformidad con una orden dictada en el artículo 28. En lo que respecta a los Estados que no sean partes en el Estatuto, no puede imponerse la obligación de traslado pero puede recabarse su cooperación de conformidad con el artículo 56. El término "traslado" se ha utilizado para abarcar cualquier caso en que el inculpado sea puesto a disposición de la Corte para la celebración del juicio, a fin de evitar cualquier confusión con la noción de extradición u otras formas de entrega de personas (por ejemplo, en virtud de acuerdos de estatuto de las fuerzas) entre dos Estados.

3) El párrafo 2 especifica el alcance de la obligación del Estado Parte de responder a una solicitud de traslado. Se han contemplado cuatro situaciones diferentes, que se indican a continuación.

a) Todos los Estados Partes en el Estatuto habrán aceptado la competencia "inherente" de la Corte sobre el genocidio en virtud del apartado a) del artículo 20 y del apartado a) del párrafo 1 del artículo 21. En este caso, a reserva de otras salvaguardias y garantías del Estatuto, será aplicable la obligación de traslado prevista en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 53.

b) La misma obligación se aplicará a todos los Estados Partes que hayan aceptado la competencia de la Corte con respecto al crimen de que se trate; éstos deben adoptar inmediatamente medidas para detener al inculpado y entregarlo a la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2.

c) En el caso de los crímenes definidos en los tratados que figuran en el anexo, el Estado Parte que sea también parte en el tratado correspondiente que defina el crimen de que se trate pero que no haya aceptado la competencia de la Corte debe detener al inculpado y trasladarlo o conceder su extradición o proceder contra él.

d) En cualquier otro caso, todo Estado Parte deberá examinar si su propia legislación permite la detención y traslado del inculpado. En lo que respecta a los demás crímenes previstos por el derecho internacional general, puede que algunos Estados no hayan incluido algunos de esos crímenes (por ejemplo, la agresión) en su propio Código Penal. Se consideró que en esos casos, si un Estado no acepta la competencia de la Corte sobre tales crímenes, la única obligación que podía imponerse era la especificada en el apartado c) del párrafo 2.

4) En lo que respecta a la relación entre extradición y traslado, son pertinentes varias disposiciones del artículo 53. Según el apartado b) del párrafo 2 de ese artículo, el Estado que sea Parte en el Tratado en que se defina el crimen pero no haya aceptado la competencia de la Corte para conocer de ese crimen está sujeto a la obligación de aut dedere aut judicare y, por tanto, tiene la opción de conceder la extradición del inculpado al Estado solicitante. (Si se ha concedido una solicitud de extradición o se encuentra pendiente y es atendida más adelante, el Estado solicitante deberá en cualquier caso haber aceptado la jurisdicción de la Corte antes de que ésta pueda seguir adelante con el caso: véase el párrafo 2 del artículo 21.) Según el párrafo 4, el Estado Parte que acepte la competencia de la Corte respecto del crimen considerado deberá, en la medida de lo posible, dar preferencia a cualquier solicitud de traslado formulada por la Corte, teniendo presente que esa

solicitud no se haya hecho antes de la confirmación del auto de procesamiento y de que los Estados interesados tengan la oportunidad de impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad del caso de que se trate, según lo previsto en los artículos 34 ó 35. Las palabras "en lo posible" que se han insertado en el párrafo 4 reflejan, por un lado la incapacidad del Estatuto para afectar a la condición jurídica de quienes no sean partes en él y, por otro, las dificultades de imponer una obligación completamente homogénea a los Estados Partes en el Estatuto, dada la amplia gama de situaciones que éste abarca.

5) El traslado a la Corte ha de entenderse, entre las partes en el Estatuto que acepten la competencia de la Corte con respecto al crimen considerado, que es en cumplimiento de la disposición aut dedere aut judicare contenida en los tratados de extradición: véase el párrafo 3. En los demás casos, se reconoce que la elección entre conceder el traslado o la extradición debe incumbir al Estado requerido, particularmente en lo que respecta a las solicitudes de los Estados que no son partes en el Estatuto, en consecuencia, no hay motivos para poner en desventaja a los Estados solicitantes que hayan aceptado la competencia de la Corte en un caso determinado.

6) Poniendo en relación estas diversas disposiciones, la Comisión opina que ofrecen garantías suficientes, de que el Estatuto no socavará los acuerdos de extradición vigentes y efectivos. No obstante, algunos miembros estimaron que el párrafo 4 iba demasiado lejos en cuanto a atribuir prioridad a la competencia de la Corte en comparación con la del Estado que solicitase la extradición: subrayaron que la Corte no debería en ningún caso injerirse en los acuerdos de extradición existentes que se estuvieran aplicando.

7) El Estado Parte que reciba una solicitud de traslado podrá actuar de conformidad con los párrafos 5 ó 6. El párrafo 5 permite al Estado requerido aplazar el cumplimiento de la solicitud mientras el inculpado sea juzgado en sus propios tribunales por un crimen grave o termine de cumplir una pena impuesta por un delito. Esto no obsta a la posibilidad del traslado temporal de un preso a efectos de ser juzgado con arreglo al Estatuto por algún otro crimen comprendido dentro de la competencia de la Corte. En esos casos podría concertarse un acuerdo para que la sentencia impuesta en virtud del Estatuto se cumpla concurrente o consecutivamente en el Estado interesado.

8) Alternativamente el Estado requerido puede pedir la anulación de la solicitud por motivos suficientes. La Corte, al examinar esa solicitud, habrá de tener en cuenta el artículo 35 y el preámbulo.

9) En caso de que se produzca el aplazamiento previsto en el artículo 5, la Corte deberá ser informada de las razones del mismo; en caso de que se aplique el párrafo 6, se deberán adoptar las medidas cautelares necesarias.
El Secretario podrá también concertar con el Estado que tenga a una persona detenida con arreglo al Estatuto para que siga detenida en ese Estado hasta la celebración del juicio.

Artículo 54

De la obligación de conceder la extradición o de incoar un proceso penal

En cualquiera de los asuntos relativos a un crimen de los previstos en el apartado e) del artículo 20, el Estado Parte que tenga bajo su custodia al inculpado y que sea parte en el tratado aplicable, pero que, a los efectos del apartado b) i) del párrafo 1 del artículo 21, no haya aceptado

la competencia de la Corte adoptará todas las medidas necesarias para conceder la extradición del presunto culpable al Estado solicitante a efectos de la invocación de un proceso penal o remitirá el asunto a sus autoridades competentes para ese fin.

Comentario

1) Se ha aludido ya a la función del artículo 54 en el esquema del Estatuto: véase el comentario al artículo 21. El artículo 54 es, de hecho, un corolario de la renuencia de los Estados Partes en el Estatuto a aceptar la competencia de la Corte respecto de acusaciones aparentemente bien fundadas de crímenes sancionados en un tratado.

2) De este modo, el Estado Parte cuya aceptación de la competencia de la Corte es necesaria, pero que no acepta esa competencia, se encuentra bajo una obligación aut dedere aut judicare equivalente a la obligación incluida en la mayoría de los tratados enumerados en el anexo. Entre las partes en el Estatuto ello integra en efecto la Corte Penal Internacional en el sistema existente de jurisdicción y cooperación penal internacional respeto de los crímenes sancionados por tratado. Debe evitar la situación de un Estado Parte que dé asilo a una persona acusada en relación con acusaciones prima facie justificadas de crímenes que hayan sido aceptados como tales por ese Estado. Por otro lado, da a los Estados Partes cuando se enfrentan con una petición de traslado de un acusado la misma gama de opciones que tienen ahora en virtud de los tratados enumerados, a menos que el Estado de que se trate haya aceptado expresamente la competencia de la Corte en relación con el crimen: véase el apartado a) del párrafo 2 del artículo 53.

3) La Comisión estudió cuidadosamente la cuestión de si debería imponerse una obligación equivalente a los Estados Partes en general con respecto a los crímenes de derecho internacional mencionados en los apartados a) a d) del artículo 20. En conjunto, decidió que era difícil lograrlo con respecto a esos crímenes en ausencia de una base jurisdiccional segura o de un régimen de extradición ampliamente aceptado. El problema se presenta con la mayor agudeza respecto del apartado d) del artículo 20 (crímenes de lesa humanidad), pero muchos Estados no tienen en su derecho penal una disposición que se refiera concretamente a esos crímenes.

Artículo 55

Del principio de especialidad

1. Ninguna persona trasladada a la Corte en virtud del artículo 53 podrá ser enjuiciada ni castigada por un crimen distinto del que haya motivado su traslado.

2. Las pruebas presentadas con arreglo a este Título no serán utilizadas, siempre que el Estado que las presente así lo solicite, para ningún fin distinto de aquel para el que fueron presentadas, salvo que ello sea necesario a fin de proteger el derecho de un acusado a tenor del párrafo 2 del artículo 41.

3. La Corte podrá pedir al Estado interesado que dispense del cumplimiento de los requisitos establecidos en los párrafos 1 y 2, por las razones y fines especificados en la petición.

Comentario

1) El artículo 55 establece la regla de la especialidad (a veces denominada regla de identidad entre traslado y juicio). Esta regla pretende asegurar que la persona entregada a la Corte sólo será enjuiciada o castigada por el crimen indicado en la petición inicial: véase el párrafo 1. Análogamente, las pruebas presentadas a la Corte sólo podrán utilizarse como pruebas para el fin expuesto en la petición original, si el Estado que facilita la información lo solicita: párrafo 2. No obstante, esto está sujeto a los derechos del acusado en lo que respecta a la revelación de las pruebas exculpatorias de conformidad con el párrafo 2 del artículo 41.

2) Hay que distinguir entre la presentación de pruebas en cuanto tal y el uso de información como base para la investigación de la misma persona por otros crímenes o para la investigación de otras personas que pueden haber estado implicadas en una actividad criminal conexa. La limitación del párrafo 2 sólo se aplica a la primera situación.

3) La Corte podrá pedir al Estado interesado que dispense de los requisitos establecidos en el artículo 55: véase el párrafo 3. Corresponderá al Estado requerido decidir si lo hace o no.

Artículo 56

De la cooperación con los Estados que no sean partes en el Estatuto

Los Estados que no sean partes en el presente Estatuto podrán prestar asistencia en relación con las cuestiones tratadas en este Título por cortesía internacional o en virtud de una declaración unilateral, de un acuerdo especial o de cualquier otro convenio con la Corte.

Comentario

El artículo 56 reconoce que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, tienen interés en enjuiciar y castigar los crímenes mencionados en el Estatuto y en disuadir de su comisión. Por ello, se anima también a los Estados que no sean partes en el Estatuto a cooperar con la Corte y prestarle asistencia en virtud de una declaración unilateral, que puede ser de carácter general o específico, un acuerdo especial para un caso particular o cualquier otro tipo de convenio entre el Estado y la Corte.

Artículo 57

De las comunicaciones y de la documentación

1. Toda solicitud en virtud de este título se hará por escrito, o se pondrá inmediatamente por escrito, y se efectuará entre la autoridad nacional competente y el Secretario. Los Estados Partes comunicarán al Secretario el nombre y la dirección de su autoridad nacional a estos efectos.

2. Cuando proceda, las comunicaciones podrán efectuarse también por medio de la Organización Internacional de Policía Criminal.

3. En toda solicitud que se haga en virtud de este título se incluirá lo siguiente, según proceda:

a) Una breve exposición del objeto de la solicitud y de la asistencia solicitada, incluidos el fundamento y los motivos jurídicos de la solicitud;

b) Los datos relativos a la persona objeto de la solicitud o a las pruebas materiales cuya recogida se inste, con una descripción suficientemente detallada para identificarlas;

c) Una breve descripción de los hechos esenciales en que se fundamente la solicitud;

d) Los datos relativos a la denuncia o los cargos objeto de la solicitud y al fundamento de la competencia de la Corte.

4. El Estado requerido, si considera que los datos incluidos en la solicitud no son suficientes para poder atenderla, podrá pedir información complementaria.

Comentario

1) En virtud del artículo 57 las comunicaciones normalmente se harán entre el Secretario y las autoridades nacionales competentes del Estado interesado y deben ser por escrito. También existe la posibilidad de efectuar comunicaciones con la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) o por conducto de ésta.

2) Toda solicitud hecha a un Estado en virtud del título VII debe ir acompañada de una explicación suficiente de su objeto y base jurídica, así como de la documentación apropiada, de conformidad con el párrafo 3. El Estado podrá pedir a la Corte que le facilite información adicional si es necesario. Este artículo se basa en una disposición análoga del artículo 5 del Tratado Modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (aprobado por la resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990).

Título VIII

DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Artículo 58

Del reconocimiento de las sentencias

Los Estados Partes se comprometen a reconocer las sentencias de la Corte.

Comentario

1) Los Estados Partes en el Estatuto deben reconocer las sentencias de la Corte en el sentido de considerarlas consolidadas a los efectos del Estatuto, salvo que se suspendan en virtud del título VI: cf. artículo 42. Así pues, una sentencia de la Corte debe poder fundamentar una excepción de cosa juzgada o impedimento legal o sus equivalentes con arreglo a los ordenamientos jurídicos

que reconocen esas excepciones. Por otra parte, no el artículo 58 sino el artículo 59 y el título VII del Estatuto imponen obligaciones de ejecución más afirmativas.

2) Según sus sistemas constitucionales puede ser necesario que los Estados Partes promulguen leyes o introduzcan medidas administrativas para dar efecto a esta y otras obligaciones en virtud del título VIII. El contenido de esa legislación dependerá del sistema nacional de que se trate y no se puede prescribir de antemano.

3) Algunos miembros dudaron de que la simple obligación de reconocer una sentencia de la Corte tuviera algún significado especial. En su opinión, esa obligación, para tener sentido, debería extenderse al reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la sentencia. La sentencia en sí podía ser ejecutada en virtud del Estatuto y no necesitaba ese reconocimiento de los Estados. Otros eran partidarios de la supresión del artículo.

Artículo 59

De la ejecución de las penas

1. La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado elegido por la Corte de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir a los penados.

2. Si no se elige ningún Estado en virtud del párrafo 1, la pena privativa de libertad se cumplirá en un establecimiento penitenciario designado por el Estado huésped.

3. La pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte de conformidad con el reglamento.

Comentario

1) Las penas privativas de libertad impuestas por la Corte se habrán de cumplir en los establecimientos penitenciarios de un Estado designado por la Corte, o a falta de esa designación, en el Estado en que el tribunal tenga su sede. Como la limitada estructura institucional de la Corte, al menos en sus etapas iniciales, no incluiría ningún establecimiento penitenciario, se requeriría a los Estados para que ofrecieran la utilización de esos establecimientos a la Corte.

2) Aunque los establecimientos penitenciarios seguirían siendo administrados por las autoridades nacionales, las condiciones del cumplimiento de la pena deberían ser conformes con las normas internacionales, especialmente con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977. El cumplimiento de la pena por los penados quedaría también sujeto a la supervisión de la Corte y podrá regularse con detalle en su reglamento. Por ejemplo, el reglamento podrá establecer el procedimiento para que un penado pueda pedir una compensación por malos tratos recibidos o prever la presentación de informes periódicos por las autoridades nacionales, habida cuenta, por una parte, de la limitada estructura institucional de la Corte y las dificultades de administrar diferentes normas dentro de un mismo establecimiento

penitenciario y, por otra, de las garantías necesarias de las reglas mínimas internacionales. En su mayor parte, la Comisión cree que pueden tomarse disposiciones combinando la delegación de las facultades de custodia y administrativas al Estado interesado con una información periódica y previendo el examen de las reclamaciones.

3) Reconociendo los costos considerables que puede suponer el encarcelamiento de los penados por largos períodos, es de desear que los Estados Partes compartan la carga de esos costos como gastos de la Corte. Estas disposiciones se habrán de elaborar como parte de la estructura financiera del Estatuto acerca de la cual véase el párrafo 5 del comentario al artículo 2.

Artículo 60

Del indulto, la libertad condicional o la conmutación de penas

1. Si resulta que, en virtud de una ley de aplicación general del Estado en que el reo cumple la pena privativa de libertad, una persona en las mismas circunstancias, condenada por la misma conducta por un tribunal de ese Estado, reuniría las condiciones para que se le aplicara el indulto, la libertad condicional o la conmutación de pena, el Estado lo notificará a la Corte.

2. Si se hace la notificación del párrafo 1, el recluso, podrá solicitar de la Corte, de conformidad con el reglamento, que se dicte una orden de indulto, libertad condicional o conmutación de pena.

3. La Junta de Gobierno, si resuelve que la solicitud formulada en virtud del párrafo 2 aparentemente está bien fundada, convocará a una Sala integrada por cinco magistrados para que la examine y decida si, en interés de la justicia, el penado debe ser indultado o puesto en libertad condicional, o si la pena debe serle conmutada, y en qué condiciones.

4. Al imponer una pena privativa de libertad, la Sala podrá disponer que se cumpla de conformidad con determinadas leyes sobre indulto, libertad condicional o conmutación de pena del Estado de prisión. No se requerirá el consentimiento de la Corte para que ese Estado adopte medidas ulteriores de conformidad con esas leyes, pero deberá notificarse a la Corte, al menos con 45 días de antelación, toda decisión que pueda afectar materialmente las condiciones o la duración de la pena privativa de libertad.

5. Salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, ninguna persona que cumpla una pena impuesta por la Corte será puesta en libertad antes del cumplimiento de la pena.

Comentario

1) La Comisión estimó que el Estatuto debía prever la posibilidad del indulto, la libertad condicional y la conmutación de pena. Algunos miembros consideraron que esas cuestiones deberían decidirse con un criterio uniforme mientras que otros subrayaron la consideración de la administración de justicia eficiente por parte de las autoridades nacionales pertinentes. En el artículo 60 se trata de equilibrar estas consideraciones y establecer un régimen de indulto, libertad condicional y conmutación de la pena que dé a la Corte un control sobre la

liberación del acusado pero permita una administración relativamente uniforme en el plano nacional.

2) En particular dispone este artículo que el Estado en que la persona esté encarcelada deberá notificar a la Corte si a esa persona se le podría conceder el indulto, la libertad condicional o la conmutación de pena en virtud de la legislación de ese Estado: párrafo 1. Ello permitiría al recluso solicitar a la Corte, de conformidad con el reglamento, que dictase una orden concediéndole el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena. La Junta de Gobierno convocaría a una Sala para que examinara la cuestión si la solicitud parece bien fundada.

3) Al imponer la pena, la Corte puede disponer también que en lo que se refiere a esos extremos, el cumplimiento de la pena se rija por la legislación nacional aplicable, delegando de hecho la cuestión en el Estado que tenga la custodia del sujeto. En tales casos, deberá notificarse previamente a la Corte la decisión que afecte materialmente a las condiciones o la duración de la pena privativa de libertad, pero no se requerirá el consentimiento de la Corte.

4) Salvo lo dispuesto en el artículo 60, un recluso no deberá ser puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

Anexo

CRÍMENES PREVISTOS EN TRATADOS
(Véase el apartado e) del artículo 20)

1. Las infracciones graves:

   i) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 50 de dicho Convenio;

   ii) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 51 de dicho Convenio;

   iii) del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 130 de dicho Convenio;

   iv) del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 147 de dicho Convenio;

   v) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, definidas en el artículo 85 de dicho Protocolo.

2. El apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el artículo 1 del Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970.

3. Los crímenes definidos en el artículo 1 del Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971.

4. El apartheid y los crímenes conexos, definidos en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973.

5. Los crímenes definidos en el artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

6. La toma de rehenes y los crímenes conexos, definidos en el artículo 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979.

7. El crimen de tortura punible en cumplimiento del artículo 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

8. Los crímenes definidos en el artículo 3 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y en el artículo 2 del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, ambos de 10 de marzo de 1988.

9. Los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contemplados en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, y que, habida cuenta de la naturaleza de la presunta conducta y (de conformidad con el artículo 2 de la Convención) de la dimensión internacional del tráfico ilícito, constituyen los crímenes más graves.

Comentario

1) La base de la lista de crímenes incluidos en el anexo se ha expuesto en el comentario al apartado e) del artículo 20. Sólo se incluyen los tratados en vigor de ámbito universal (por contraposición a regional). Los tratados que simplemente regulan una conducta o prohíben una conducta pero sólo en el ámbito interestatal no se han incluido. Sobre esta base no se han incluido en el anexo los siguientes tratados (enumerados en orden cronológico):

- Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre. Anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre.

  Razón: El Reglamento de La Haya no contiene disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual. Muchas de las violaciones (aunque no todas) de las leyes y usos de la guerra especificadas en el Estatuto de Londres de 1945 se incluyen en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, que prevén también el procesamiento en el caso de violaciones graves. Además, algunos aspectos del reglamento quedan comprendidos en el ámbito de la noción de infracciones graves de las leyes y usos aplicables en caso de conflicto armado y están así recogidos en el apartado c) del artículo 20 del Estatuto.

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948.

  Razón: El genocidio, con arreglo a la definición de la Convención de 1948, se considera como un crimen en virtud del derecho internacional general y es el único crimen comprendido en la competencia inherente de la Corte: véase el apartado a) del artículo 20. Por consiguiente, su inclusión en el anexo es innecesaria.

- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 14 de mayo de 1954.

  Razón: En esta Convención figura un compromiso de los Estados Partes de respetar los bienes culturales en época de conflicto armado, salvo que las necesidades militares exijan imperativamente otra cosa (párrafos 1 y 2 del artículo 4), y de prohibir el robo, el pillaje, la apropiación indebida y el vandalismo respecto de esos bienes y contienen disposiciones conexas para su protección, incluido un sistema de protección especial de bienes particularmente valiosos. Esta Convención no crea crímenes en cuanto tales (cf. artículo 28), no extiende la competencia del Estado a los actos contrarios a la Convención ni contiene disposición alguna relativa a la extradición. Lo mismo sucede con el Protocolo de 14 de mayo de 1954, que trata de la exportación de bienes culturales del territorio ocupado.

- La piratería, tal como se define en el artículo 15 de la Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958 y en el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982.

  Razón: El artículo 14 (1958) requiere la cooperación "en toda la medida de lo posible a la represión de la piratería", definida en el artículo 15 como consistente en ciertos "actos". El artículo 19 confiere competencia sobre la piratería a cualquier Estado que aprese un buque pirata en la alta mar o fuera de la jurisdicción de cualquier Estado. Los artículos 100, 101 y 105 de la Convención de 1982 son idénticos en cuanto al fondo. Estas disposiciones confieren competencia únicamente al Estado autor de la captura y abarcan una gama de actos muy amplia. En definitiva, la Comisión decidió no incluir en el artículo 20 la piratería como crimen en virtud del derecho internacional general.

- Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Nueva York, 30 de marzo de 1961 (enmendada por Protocolo, Ginebra, 25 de marzo de 1972).

  Razón: La Convención Única y el Protocolo regulan la producción y el tráfico de estupefacientes. El artículo 36 requiere que todo Estado Parte tipifique como ilícitas ciertas conductas en su ordenamiento jurídico, a reserva, entre otras cosas, de "lo dispuesto por su constitución" y de la "legislación nacional". Hay disposiciones especiales relativas a la extradición y una disposición aut dedere aut judicare (inciso iv) del apartado a) del artículo 36). Hay argumentos en favor de su inclusión en el artículo 12, pero en realidad la cuestión queda regulada en la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que está incluida en el anexo.

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 14 de septiembre de 1963.

Razón: Este Convenio se aplica a los delitos contra la legislación penal nacional (incluidas las faltas), así como a la conducta que pueda menoscabar la seguridad aérea, se relacione o no con un delito. Su objeto principal es determinar la competencia del Estado de pabellón sobre crímenes, etc., a bordo de una aeronave. Los grandes delitos terroristas contra la seguridad de la aviación civil internacional quedan regulados por las Convenciones de La Haya y Montreal, que están incluidas en el anexo.

- Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, Viena, 21 de febrero de 1971.

  Razón: Este Convenio es de carácter meramente regulador y no considera el uso o el tráfico de sustancias psicotrópicas como crimen de carácter internacional.

- Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, 10 de abril de 1972.

  Razón: En el artículo 4 se dispone que se prohíba el desarrollo, etc., de esas armas dentro de la jurisdicción de cada Estado Parte pero la Convención no crea delitos ni extiende la competencia de ningún Estado y no contiene disposición alguna relativa a la extradición.

- Convención de las Naciones Unidas sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, Nueva York, 10 de octubre de 1976.

  Razón: La Convención simplemente prohíbe el uso de técnicas de modificación ambiental en determinadas circunstancias (artículo 4). No crea crímenes en cuanto tales, no extiende la competencia del Estado sobre actos contrarios a la Convención ni contiene disposición relativa a la extradición.

- Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Ginebra, 8 de junio de 1977.

  Razón: El Protocolo II prohíbe determinadas conductas pero no contiene cláusula alguna relativa a violaciones graves ni ninguna disposición de ejecución equivalente.

- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 10 de octubre de 1980.

  Razón: La Convención prohíbe ciertas conductas pero no trata esas conductas como criminales ni requiere que sean reprimidas mediante sanciones penales.

- Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, Nueva York, 4 de diciembre de 1988.

  Razón: Los artículos 2 y 4 crean delitos "a los efectos de la Convención". El párrafo 2 del artículo 9 y el artículo 12 combinados imponen una obligación aut dedere aut judicare a todos los Estados Partes. Esta Convención se ha excluido del anexo porque todavía no está

en vigor. Si entrara en vigor antes de que se aprobara el Estatuto podría pensarse en añadirla a la lista. En tal caso, convendría añadir el siguiente párrafo: "i) crímenes relacionados con los mercenarios definidos en los artículos 2, 3 y 4 de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 4 de diciembre de 1989".

2) En el caso de la Convención sobre Estupefacientes de 1988, los problemas de limitar esa Convención a los crímenes individuales de considerable trascendencia internacional se examina en el comentario al título III. La Comisión adopta la opinión de que sólo deben incluirse las infracciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención y sólo con sujeción a la matización expuesta en el anexo en relación con la finalidad de la Convención de 1988 tal como se indica en el artículo 2. Sin esa limitación, el párrafo 1 del artículo 3 abarcaría una gama de casos demasiado amplia para justificar su inclusión.

Apéndice I

POSIBLES CLÁUSULAS DE UN TRATADO EN QUE SE INCLUYA EL PROYECTO DE ESTATUTO

1. La Comisión piensa que el estatuto podría incluirse en un tratado entre los Estados Partes. Por ese tratado se establecería la corte y se regularía la supervisión, por los Estados Partes, de la administración de la corte. El tratado también abordaría cuestiones como la financiación, la entrada en vigor del estatuto, etc., como corresponde en el caso de un instrumento nuevo que crea una institución como la corte.

2. En la práctica habitual, la Comisión no suele redactar cláusulas finales para sus proyectos de artículos, y por ello no ha intentado redactar un articulado con cláusulas de esa índole para el tratado en que se incluiría el estatuto. Ahora bien, en las deliberaciones de la Sexta Comisión de la Asamblea General se debatieron varias cuestiones que será necesario resolver al celebrar tal tratado. La Comisión de Derecho Internacional estimó que tal vez fuera útil indicar algunas de las posibles opciones a ese respecto.

3. Entre las cuestiones que deberán tratarse figuran las siguientes:

a) Entrada en vigor: el Estatuto de la Corte debe reflejar y representar los intereses de toda la comunidad internacional en relación con el enjuiciamiento de algunos crímenes gravísimos que son motivo de preocupación internacional. En consecuencia, el Estatuto y el tratado del que forme parte deberán exigir la aceptación por un importante número de Estados Partes para la entrada en vigor.

b) Administración: la administración de la Corte como entidad se confía a la Junta de Gobierno (véase el artículo 8). Sin embargo, será necesario que los Estados Partes se reúnan de cuando en cuando para tratar cuestiones tales como las finanzas y la administración de la Corte y para examinar los informes periódicos de la Corte, etc. Habrá que determinar los medios que permitan a los Estados Partes actuar juntos.

c) Financiación: las cuestiones financieras habrán de examinarse detalladamente muy al principio de todo debate sobre la Corte propuesta. Fundamentalmente, hay dos posibilidades: financiación directa por los Estados Partes o financiación total o parcial por las Naciones Unidas. La financiación por las Naciones Unidas no queda necesariamente excluida en el caso de que se cree una entidad separada relacionada con las Naciones Unidas (por ejemplo como el Comité de Derechos Humanos). El Estatuto está redactado de tal manera que reduce al mínimo el costo del establecimiento de la Corte propiamente dicha. Con todo, varios miembros señalaron que las investigaciones y las diligencias de procesamiento con arreglo al Estatuto podrían resultar caras. Asimismo, habrán de tomarse disposiciones para sufragar el costo del encarcelamiento de las personas declaradas culpables de conformidad con el Estatuto.

d) Modificación y revisión del Estatuto: en el tratado deberá disponerse, por supuesto, la modificación del Estatuto. En opinión de la Comisión, debería preverse la revisión del Estatuto, a petición de un número especificado de Estados Partes, después de un período de cinco años, por ejemplo. Al considerar la modificación o revisión, convendrá examinar si debe revisarse la lista de crímenes del anexo para incorporarle nuevas convenciones en que se definan o tipifiquen crímenes. Tal puede ser el caso de instrumentos en curso de preparación, como el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la propuesta convención sobre la protección del personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

e) Reservas: independientemente de que el proyecto de Estatuto se considere "instrumento constitutivo de una organización internacional", en el sentido del párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cierto es que tendrá una estrecha afinidad con un instrumento constitutivo y se le aplicarán de manera muy similar las consideraciones que indujeron a los redactores de la Convención a exigir "la aceptación del órgano competente de esa organización", con arreglo al párrafo 3 del artículo 20. El proyecto de Estatuto está pensado como un plan global, que contiene importantes contrapesos y condiciones en relación con el funcionamiento de la Corte: está destinado a funcionar como un todo. Estas consideraciones tienden a abonar la opinión de que las reservas al Estatuto y al tratado del que forme parte no deberán permitirse o deberán ser de alcance limitado. Esta es, por supuesto, una cuestión que los Estados Partes deberán estudiar en el contexto de negociaciones para la concertación del Estatuto y del tratado en que se incluya.

f) Solución de controversias: naturalmente, la Corte tendrá que determinar su propia competencia (véanse los artículos 24 y 34) y, por ende, habrá de zanjar cualquier problema de interpretación y aplicación del Estatuto que surja en el ejercicio de esa competencia. Será preciso examinar los medios por los cuales deberán resolverse otras controversias surgidas entre los Estados Partes en el Estatuto, con respecto a la interpretación del tratado que incorpore el Estatuto.

Apéndice II

DISPOSICIONES PERTINENTES DE LOS TRATADOS MENCIONADOS EN EL ANEXO
(Véase el apartado e) del artículo 20)

1. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949

Artículo 50

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

2. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 12 de agosto de 1949

Artículo 51

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

3. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949

Artículo 130

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.

4. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949

Artículo 147

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

5. Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

Artículo 85

Represión de las infracciones del presente Protocolo

1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

2. Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegida por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud;

a) Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;

b) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;

c) Lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos

entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;

d) Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

e) Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;

f) Hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo.

4. Además de las infracciones graves definidas en los párrafos precedentes y en los Convenios, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:

a) El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

b) La demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

c) Las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;

d) El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

e) El hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra.

6. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, La Haya, 16 de diciembre de 1970

Artículo 1

Comete un delito (que en adelante se denominará "el delito") toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos;

b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

7. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Montreal, 23 de septiembre de 1971

Artículo 1

1. Comete un delito toda persona que ilícita o intencionalmente:

a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;

b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo;

e) Comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

2. Igualmente comete un delito toda persona que:

a) Intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo;

b) Sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

8. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 30 de noviembre de 1973

Artículo II

A los fines de la presente Convención, la expresión "crimen de apartheid", que incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

9. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, Nueva York, 14 de diciembre de 1973

Artículo 2

1. Serán calificados por cada Estado Parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:

a) La comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida;

b) La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte o de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

c) La amenaza de cometer tal atentado;

d) La tentativa de cometer tal atentado; y

e) La complicidad en tal atentado.

2. Cada Estado Parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados Partes, en virtud del derecho internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida.

10. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 19 de diciembre de 1979

Artículo 1

1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

2. Toda persona que

a) Intente cometer un acto de toma de rehenes, o

b) Participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes

comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.

11. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

12. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, Roma, 10 de marzo de 1988

Artículo 3

1. Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente:

a) Se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o

b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o

c) Destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o

d) Coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o

e) Destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o

f) Difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o

13. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, Roma, 10 de marzo de 1988

Artículo 2

1. Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente:

a) Se apodere de una plataforma fija o ejerza el control de la misma mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o

b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de una plataforma fija, si dicho acto puede poner en peligro la seguridad de ésta; o

c) Destruya una plataforma fija o cause daños a la misma que puedan poner en peligro su seguridad; o

d) Coloque o haga colocar en una plataforma fija, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir esa plataforma fija o pueda poner en peligro su seguridad; o

e) Lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a d).

2. También comete delito toda persona que:

a) Intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o

b) Induzca a cometer cualquiera de esos delitos, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito; o

c) Amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b) y c) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la seguridad de la plataforma fija de que se trate.

14. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 19 de diciembre de 1988

Artículo 2

Alcance de la presente Convención

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

Artículo 3

Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega de cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines;

v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para tales fines;

iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

Apéndice III

ESBOZO DE LAS POSIBLES MODALIDADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE RELACIONES ENTRE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE Y LAS NACIONES UNIDAS

1. El establecimiento de relaciones entre una corte penal internacional permanente y las Naciones Unidas debe examinarse necesariamente en función del método adoptado para su creación.

2. A este respecto cabe considerar dos hipótesis: a) la Corte pasa a formar parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas; b) la Corte no forma parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas.

A. La Corte forma parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas

3. En esta hipótesis la Corte, por el mero hecho de su creación, ya está relacionada con las Naciones Unidas. Esto puede ocurrir de dos maneras:

I. La corte como órgano principal de las Naciones Unidas

4. Esta solución conferiría la máxima importancia a la creación de la Corte, colocándola al mismo nivel que los demás órganos principales de las Naciones Unidas y, en particular, que la Corte Internacional de Justicia. También facilitaría la competencia ipso jure de la Corte respecto de ciertos crímenes internacionales. Según esta modalidad, la Corte se financiaría con cargo al presupuesto ordinario de la Organización.

5. Esta solución, sin embargo, podría suscitar cierta oposición porque requeriría la modificación del Capítulo XVIII de la Carta de las Naciones Unidas (arts. 108 y 109). Cabe señalar, a este respecto, que en toda la existencia de la Organización no hay ningún precedente de creación de un órgano principal.

II. La Corte como órgano subsidiario de las Naciones Unidas

6. En cambio, hay una práctica bien establecida según la cual los órganos principales de las Naciones Unidas crean órganos subsidiarios, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Carta (en particular los Artículos 22 y 29), para el desempeño de las funciones que la Carta les confiere o confiere a la Organización en conjunto. Existe tal práctica hasta en el campo judicial. Uno de los primeros ejemplos es la creación del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas por la resolución 351 (IV) de la Asamblea General, de 24 de noviembre de 1949 (véase el documento A/AC.65/2). Otro ejemplo más reciente es el establecimiento del Tribunal para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, en virtud de la resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993 (documento S/25704).

7. Por lo común, y en lo que se refiere a la mayoría de las esferas de competencia, la creación de un órgano subsidiario es esencialmente de carácter auxiliar. Las decisiones del órgano subsidiario tienen normalmente valor de recomendaciones que el órgano principal pertinente puede aceptar o rechazar.

8. Ahora bien, en el campo judicial, el carácter auxiliar de un órgano se manifiesta principalmente en que su existencia misma, así como la cesación de sus funciones, dependen del correspondiente órgano principal. Sin embargo, por lo que hace al ejercicio de sus funciones, la naturaleza misma de estas últimas (judicial) las hace incompatibles con la existencia de una autoridad jerárquica conferida al órgano principal que establece la corte o el tribunal. Por consiguiente, el órgano principal no tiene ningún poder para rechazar o modificar las decisiones del Tribunal o de la Corte que se establecen. La Corte Internacional de Justicia se pronunció claramente en este sentido respecto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas ("Effet de jugements du tribunal administratif des N.U. accordant indemnité" (Efecto de los fallos de indemnización dictados por el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas), CIJ, Recueil, 1954, pág. 62)), y lo mismo se desprende de ciertos artículos del estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia (arts. 13, 15, 25, 26, etc.) (véase también el párrafo 28 del documento S/25704).

9. En lo que hace a la financiación, las actividades de un órgano subsidiario se sufragan con cargo a fuentes de las Naciones Unidas ya se trate de consignaciones presupuestarias, contribuciones prorrateadas o contribuciones voluntarias (véase, por ejemplo, la resolución 48/251 de la Asamblea General, de 14 de abril de 1994).

10. Cabe mencionar, asimismo, que en ocasiones la Asamblea General ha constituido tribunales como órganos subsidiarios en virtud de disposiciones de tratados celebrados fuera del ámbito de las Naciones Unidas. Tal fue el caso del Tribunal de las Naciones Unidas para Libia y del Tribunal de las Naciones Unidas para Eritrea instituidos, respectivamente, por las resoluciones 388 (V), de 15 de diciembre de 1950, y 530 (VI), de 29 de enero de 1952, de la Asamblea General. Aunque los asuntos tratados por esos tribunales eran más o menos de la competencia

genérica de la Asamblea General en virtud del Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas, la disposición que dio lugar a su creación figuraba en el Tratado de Paz con Italia (anexo XI, párr. 3: véase el documento A/AC.65/2, secc. II).

11. Debe establecerse una diferencia entre los casos a que se hace referencia en el párrafo precedente y los casos a que se refieren los párrafos 15 a 17, en los cuales la Asamblea General asume ciertas funciones respecto de órganos establecidos por las partes en un tratado multilateral.

B. La corte no forma parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas y se establece en virtud de un tratado

12. En esta hipótesis, la Corte se crea en virtud de un tratado que obliga a los Estados que son partes en él. Existen dos modalidades posibles para el establecimiento de relaciones entre esa Corte y las Naciones Unidas: I) mediante un acuerdo entre la Corte y las Naciones Unidas; II) mediante la resolución de un órgano de las Naciones Unidas (por ejemplo, la Asamblea General).

I. Las relaciones se establecen mediante un acuerdo entre la Corte y las Naciones Unidas

13. Los acuerdos de cooperación constituyen el procedimiento típico por el cual los organismos especializados y las instituciones análogas establecen relaciones con las Naciones Unidas conforme a los Artículos 57 y 63 de la Carta. Los acuerdos se celebran entre el organismo especializado interesado y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y están supeditados a la aprobación de la Asamblea General. Esos acuerdos regulan, entre otras cosas, las cuestiones de colaboración con las Naciones Unidas en las respectivas esferas de actividad de cada organismo especializado y las cuestiones relacionadas con un sistema común en lo que respecta a la política de personal. Cada organismo especializado constituye una entidad internacional autónoma con su propio presupuesto y sus propios recursos financieros.

14. Un caso pertinente es el del artículo XVI del Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica, que trata de las "relaciones con otra organizaciones" y dispone que la Junta de Gobernadores, con la aprobación de la Conferencia General, estará autorizada para concertar uno o más acuerdos en virtud de los cuales se establezcan relaciones apropiadas entre el Organismo y las Naciones Unidas y cualesquiera otras organizaciones cuya labor tenga afinidad con la del Organismo. El acuerdo por el que se regulan las relaciones entre el Organismo y las Naciones Unidas fue aprobado por la Asamblea General en la resolución 1145 (XII), de 14 de noviembre de 1957, y figura como anexo de esa resolución. Entre otras cosas, el acuerdo regula la presentación de informes por el Organismo a las Naciones Unidas, el intercambio de información y documentos, las cuestiones de representación recíproca, la inclusión de temas en los respectivos programas, la colaboración con el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, las cuestiones de coordinación y cooperación, las disposiciones presupuestarias y financieras y las disposiciones concernientes al personal.

15. La celebración de un acuerdo internacional con las Naciones Unidas también fue el procedimiento contemplado por la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional

del Derecho del Mar para establecer relaciones entre el futuro tribunal y las Naciones Unidas. El proyecto definitivo de tal acuerdo (véase el documento LOS/PCN/SCN.4/WP.16/Add.4) trata, entre otras cosas, las cuestiones de la relación jurídica y del reconocimiento mutuo, la cooperación y coordinación, las relaciones con la Corte Internacional de Justicia, las relaciones con el Consejo de Seguridad, la representación recíproca, el intercambio de información y documentos, la presentación de informes a las Naciones Unidas, la cooperación en cuestiones administrativas y las disposiciones relativas al personal. En el proyecto de acuerdo también se reconoce "la conveniencia de establecer estrechas relaciones con las Naciones Unidas en materia presupuestaria y financiera a fin de que las operaciones administrativas de las Naciones Unidas y del Tribunal Internacional se lleven a cabo de la manera más eficiente y económica posible y de que exista la mayor coordinación y uniformidad posibles respecto de esas operaciones".

II. Las relaciones se establecen mediante la resolución de un órgano de las Naciones Unidas

16. Por último, las relaciones entre una corte creada en virtud de un tratado multilateral y las Naciones Unidas también pueden establecerse mediante la resolución de un órgano de las Naciones Unidas. En el caso de una corte penal internacional permanente tal resolución podría ser adoptada por la Asamblea General, tal vez con la intervención concomitante del Consejo de Seguridad.

17. En el campo de la protección de los derechos humanos se encuentran los ejemplos más pertinentes de la práctica internacional en cuanto al establecimiento de relaciones entre órganos creados en virtud de tratados y las Naciones Unidas mediante una resolución de la Asamblea General. Lo más frecuente es que en el propio tratado por el que se crea el órgano figuren disposiciones respecto del recurso a la Organización de las Naciones Unidas para el desempeño de ciertas funciones: por ejemplo, la función del Secretario General de las Naciones Unidas en el envío de invitaciones a los Estados Partes para la elección de miembros del órgano establecido por el tratado, la petición dirigida al Secretario General a fin de que facilite los servicios de personal y las instalaciones necesarias para el desempeño eficaz de las funciones del órgano, etc. A su vez, las Naciones Unidas se hacen cargo de esas funciones mediante una resolución de la Asamblea General que "aprueba y abre a la firma y ratificación" el instrumento internacional de que se trata. Tal procedimiento se siguió, por ejemplo, en el caso del Comité de Derechos Humanos (resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (resolución 2106 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965) y el Comité contra la Tortura (resolución 39/46 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1984).

18. La aprobación de esas resoluciones tendrá por lo común consecuencias financieras para las Naciones Unidas, por lo que se hace necesaria la intervención de la Quinta Comisión en el proceso. Por ejemplo, en el caso del Comité de Derechos Humanos, el Pacto de 1966 dispone no solamente que "el Secretario General de las Naciones Unidas facilitará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto" (art. 36), sino también que "los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las

Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité" (art. 35).

19. Las convenciones por las que se establecen el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (párrafos 3 y 4 del artículo 10) y el Comité contra la Tortura (párrafo 3 del artículo 18) también disponen que el Secretario General de las Naciones Unidas facilitará el personal y los servicios de secretaría aunque la Convención contra la Tortura prescribe que "los Estados Partes serán responsables de los gastos que se efectúen en relación con la celebración de reuniones de los Estados Partes y del Comité, incluyendo el reembolso de cualesquiera gastos, tales como los de personal y los de servicios, que hagan las Naciones Unidas". Pero, a diferencia del Pacto de 1966, estas dos Convenciones disponen que los Estados Partes y no las Naciones Unidas "sufragarán los gastos de los miembros del Comité mientras éstos desempeñen sus funciones" (Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, párrafo 6 del artículo 8; Convención contra la Tortura, párrafo 7 del artículo 17).

20. En la práctica, la Asamblea General puede asumir, respecto de los comités creados en virtud de un tratado, ciertas funciones además de las contenidas en los tratados. Por ejemplo, en la resolución 47/111, de 16 de diciembre de 1992, la Asamblea General decide aprobar "las enmiendas de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes "y pedir" al Secretario General que adopte las medidas apropiadas para financiar los comités constituidos en virtud de esas Convenciones con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas, a partir del presupuesto para el bienio 1994-1995" (art. 9).

II. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

92. En el presente período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el 12º informe del Relator Especial sobre el tema (A/CN.4/460 y Corr.1). Se le presentaron también, en el documento A/CN.4/448 y Add.1 los comentarios y observaciones formulados por los Estados Miembros, en respuesta a la petición que hizo la Comisión en su 43º período de sesiones, sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura en ese período de sesiones[45].

93. El Relator Especial señaló en la introducción de ese 12º informe y en su presentación a la Comisión que éste estaba dedicado a la segunda lectura del proyecto de código y trataba solamente de la parte general del proyecto, que comprendía la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la tipificación y los principios generales.

94. Anunció que la segunda parte del proyecto de código relativa a los crímenes propiamente dichos, sería objeto de un nuevo informe en el próximo período de sesiones de la Comisión y que tenía la intención de limitar la lista de esos crímenes a las infracciones cuyo carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pudiera ponerse en tela de juicio.

---

[45] Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/46/10), cap. IV.

95. En su 12º informe el Relator Especial recogía, artículo por artículo, la parte general del proyecto aprobado en primera lectura, seguido cada artículo de las partes pertinentes de los comentarios de los gobiernos y después de la opinión y de las conclusiones y recomendaciones del Relator Especial relativas a cada artículo.

96. La Comisión examinó el 12º informe del Relator Especial en sus sesiones 2344ª a 2347ª, 2349ª y 2350ª, celebradas del 27 de mayo al 7 de junio de 1994. Después de escuchar la presentación del Relator Especial, la Comisión examinó los proyectos de artículos 1 a 15, tratados en dicho informe, y decidió, en su 2350ª sesión, remitirlos al Comité de Redacción, quedando entendido que la labor sobre el proyecto de Código y sobre el proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional sería coordinada por el Relator Especial sobre el proyecto de Código y por el Presidente y los miembros del Comité de Redacción y del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

97. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión se reflejan en los párrafos 98 a 209 infra.

98. Algunos miembros formularon reservas acerca de la pertinencia actual del título que llevaba el proyecto de código, señalando a este respecto que el título quizá no reflejaba con exactitud el contenido que se quería dar al instrumento futuro. El título era adecuado para ciertos crímenes, como la agresión, pero era mucho más discutible para otros crímenes, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, que sólo guardaban relación con la paz y la seguridad de la humanidad si se daba a este concepto un sentido sumamente amplio. Por lo que respecta a la sugerencia de llamar al proyecto de código "código de crímenes internacionales", algunos miembros pensaban que tal título podría crear confusión con los crímenes previstos en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Incluso el término "código" fue puesto en tela de juicio por algunos miembros, quienes pensaban que la palabra código debía ir seguida de una expresión genérica a la cual el código debía precisamente dar un contenido, puesto que no podía haber un "código" de "algunos" crímenes solamente. Sin embargo, otros miembros señalaron que la palabra "código" se había empleado en muchas esferas, en particular técnicas, en donde la finalidad no era necesariamente codificar el conjunto de un tema.

99. Se admitió en general que lo mejor sería esperar a ver qué crímenes se incluían en el proyecto de código para decidir si el título debía conservarse o no. Se hizo observar no obstante que la Comisión no podía modificar el título por sí sola, puesto que era el que figuraba en la resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1967, por la cual la Asamblea General había encargado a la Comisión la preparación del proyecto de código.

100. Varios miembros celebraron el propósito manifestado por el Relator Especial de limitar el número de crímenes a las infracciones cuyo carácter de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad era difícil poner en tela de juicio. Se señaló en este sentido que los Estados estaban poco dispuestos a renunciar a su competencia en materia penal y que sólo con respecto a los crímenes internacionales más graves podrían inclinarse a aceptar la creación de un tribunal penal internacional. Se hizo notar también que esta reducción deseable del contenido del proyecto de código tendría una incidencia directa en la parte general del proyecto, pues el texto de algunas disposiciones había de ser necesariamente muy diferente según que el código se refiriera a prácticamente todas las infracciones del derecho de gentes o se limitara a los "crímenes de los crímenes", los que eran más graves y suponían una amenaza para la paz y para el concepto mismo de humanidad.

101. También en relación con la extensión de la lista de crímenes, otra corriente de opinión sostuvo que había dos obstáculos que dificultaban la reducción sustancial del número de crímenes previstos. El primero podía derivarse del proyecto de estatuto de una corte penal internacional, en la medida en que ese Estatuto podría prever una competencia ratione materiae muy amplia que fuera más allá de la lista establecida en el Código. El segundo obstáculo para reducir el número de crímenes comprendidos en el Código se derivaba de la naturaleza de los intereses protegidos, que eran los de la humanidad en su conjunto. Era difícil determinar y delimitar de antemano los actos que podrían afectar a esos intereses.

102. Por lo que respecta al ámbito de aplicación ratione personae del proyecto de código se observó que el código había de referirse únicamente a los crímenes cometidos por individuos y por consiguiente no preveía la penalización directa o implícita de los Estados. Se celebró a este respecto que se diera cabida en el proyecto de código a la función de los individuos agentes del Estado, autores potenciales, entre todos, de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, se hizo la observación de que al comienzo del debate sobre el código la Comisión había previsto abarcar no sólo la responsabilidad penal de los individuos sino la responsabilidad penal de los Estados; posteriormente decidió dedicarse solamente a la primera reservando, sin excluirla del todo, la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Se señaló a este respecto que el problema de los vínculos entre las dos clases de responsabilidad y en particular de la relación entre el proyecto de código y el artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados no dejaría de plantearse en lo futuro, y que, en consecuencia, la Comisión tendría que reflexionar sobre ello.

103. Algunos miembros hicieron observar que la cuestión de las penas aplicables a los autores de los crímenes previstos en el proyecto de código no se había resuelto todavía y que era necesario que la Comisión se pronunciara sobre ello. A este respecto se señaló que la cuestión de las relaciones entre el proyecto de código, el estatuto de la corte penal internacional en estudio y los tribunales nacionales debía aclararse desde el principio pues tendría consecuencias importantes sobre la cuestión relativa a las penas aplicables. Si el código había de ser aplicado por la corte penal internacional propuesta debería fijar penas concretas para cada crimen, en virtud del principio nulla poena sine lege. En cambio, si el código había de ser aplicado por las jurisdicciones internas, o a la vez por éstas y por la corte penal internacional, la determinación de las penas podría dejarse al derecho nacional en el primer caso o hacerse por referencia a las legislaciones nacionales en el segundo.

104. Por lo que respecta al proyecto de código en sus relaciones con el derecho interno se expresó la opinión de que sería preferible que la convención por la cual entrase en vigor el código impusiera a los Estados partes la obligación de incorporar el código a su ordenamiento jurídico propio. Se indicó que los Estados deberían estar claramente obligados a incorporar todo el contenido del código a su derecho penal. Se hizo observar que, en particular, habría que precisar con claridad que todo Estado parte cuyo ordenamiento jurídico no fuera conforme con el código infringiría la convención que estableciera el código. De ese modo se garantizaría la primacía del código sobre el derecho interno con respecto a los Estados Partes.

105. Algunos miembros señalaron que el tratado por el cual los Estados pasarían a ser partes en el código debía ir acompañado de un procedimiento apropiado de solución pacífica de las controversias. Se sugirió a este respecto que en el código se debía precisar, mediante una cláusula compromisoria apropiada, el

procedimiento o los procedimientos de solución a los que habría que recurrir en caso de que la controversia no se resolviera por vía de negociación.

106. Un gran número de miembros de la Comisión insistieron en la necesidad de asegurar la coordinación necesaria entre las disposiciones del proyecto de código y las del proyecto de estatuto de una corte penal internacional. Aunque no había que vincular los dos trabajos de una manera rígida, o subordinar la adopción de uno de los instrumentos a la adopción del otro, inevitablemente había disposiciones comunes y problemas comunes a los dos proyectos, sobre todo los relativos a la parte general del proyecto de código. Era preciso pues adoptar las medidas necesarias para que no existiera contradicción entre los dos proyectos en su esfera común.

107. Algunos miembros, que opinaban que era necesaria la coordinación entre el proyecto de código y el proyecto de estatuto, recomendaron que se armonizaran los dos proyectos en sus aspectos comunes.

108. A continuación se entabló un debate en el seno de la Comisión sobre los diferentes artículos del proyecto de código que el Relator Especial había examinado en su 12º informe.

109. Por lo que respecta al proyecto de artículo 1, relativo a la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el texto aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión era el siguiente:

> "Los crímenes [de derecho internacional] definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad."

110. En su 12º informe el Relator Especial señalaba que las observaciones de los gobiernos sobre este proyecto de artículo se habían referido principalmente a la cuestión de saber si la definición por enumeración era suficiente o si sería mejor recurrir a una definición general. En opinión del Relator Especial, de las observaciones no se desprendía que hubiera acuerdo sobre uno u otro método. Además señaló que muchos códigos penales no contenían ninguna definición general del concepto de crimen. Se limitaban a enumerar las infracciones consideradas como crímenes basándose en el criterio de gravedad. Inspirado no obstante por la fórmula de transacción propuesta por un gobierno, el Relator Especial estaba dispuesto a su vez a proponer un texto que comprendiese una definición general o conceptual seguida de una definición por enumeración[46] no limitativa sino simplemente ilustrativa.

111. Por lo que respecta a la expresión "de derecho internacional", colocada entre corchetes en la formulación del proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente en primera lectura, el Relator Especial, habida cuenta de las

---

[46]El nuevo texto del proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

"Artículo 1 - Definición

> 1. A los efectos del presente código, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto o una omisión cometido por un individuo que por sí mismo constituye una amenaza grave e inmediata a la paz o la seguridad de la humanidad o da como resultado su violación.
>
> 2. En particular, los crímenes definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad."

respuestas de los gobiernos, no veía ningún inconveniente en su supresión. La cuestión de saber si esta expresión debería o no mantenerse en el texto le parecía una cuestión puramente teórica. A su juicio, a partir del momento en que el código pasara a ser un instrumento internacional los crímenes en él tipificados corresponderían al derecho penal internacional convencional.

112. Varios miembros opinaban que la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad prevista en el artículo 1, para ser de alguna utilidad, debía contener un elemento conceptual que caracterizara la categoría de los crímenes previstos. Se señaló a este respecto que tal definición ofrecería criterios válidos para formular la lista de crímenes. Se indicó que una definición conceptual sería tanto más necesaria si la lista no era exhaustiva y si debía actualizarse periódicamente. Si la Comisión no daba una definición general y se limitaba a hacer una lista, el Código podía surtir un efecto de cierre muy enojoso con respecto a otras categorías de infracciones. Por eso, a juicio de estos miembros, era casi indispensable una definición conceptual y general. A este respecto algunos miembros pensaban que la noción de gravedad era inseparable de una definición conceptual de los crímenes previstos.

113. Otros miembros expresaron reservas a propósito de una definición general o conceptual de los crímenes previstos. Se preguntaron si sería realmente posible hallar un denominador común para todos los crímenes. Además, tal definición podría crear el riesgo de que se aplicasen penas a actos u omisiones que no tuvieran ninguna definición exacta, lo que no estaría en conformidad ni con el requisito de la precisión y rigor del derecho penal ni con el principio nullum crimen sine lege. Se señaló también que una definición general no dejaría de crear dificultades con los Estados, por ejemplo en materia de agresión y de terrorismo. Los diversos tratados de extradición existentes y las convenciones contra el terrorismo indicaban siempre claramente cuáles eran las infracciones punibles. A juicio de estos miembros, la Comisión no debía pues buscar a toda costa una formulación general de los crímenes previstos en el proyecto de código.

114. Algunos miembros consideraron que la propuesta de transacción presentada por el Relator Especial en su 12º informe era interesante y digna de tenerse en cuenta.

115. Varios miembros opinaron que la expresión "de derecho internacional" incluida en el proyecto de artículos aprobado provisionalmente en primera lectura no tenía razón de ser. Algunos de ellos señalaron que no era seguro que todos los crímenes enumerados en el proyecto de código fuesen efectivamente crímenes con respecto al derecho internacional.

116. Otros miembros opinaron que la expresión "de derecho internacional" podría dar lugar a interpretaciones que introdujeran la noción de responsabilidad penal de los Estados, noción que rebasaba el ámbito de aplicación del código.

117. Finalmente otros estimaban, como el Relator Especial, que la cuestión era puramente teórica, habida cuenta de que la expresión no introducía nada nuevo, y que, una vez aprobado el código, éste se convertiría en una convención y los crímenes definidos en él pasarían a ser así crímenes internacionales.

118. Por lo que respecta al proyecto de artículo 2 titulado "Tipificación"[47]. En su 12º informe el Relator Especial señalaba que el proyecto de artículo tenía por objeto consagrar la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno. El hecho de que un acto se calificara de asesinato en el derecho interno de un Estado no impedía que el mismo acto pudiera calificarse de genocidio con arreglo al código, si se reunían los elementos constitutivos del genocidio.

119. No obstante, dado que varios gobiernos en sus respuestas escritas habían considerado que la segunda frase del proyecto de artículo era redundante y habían sugerido que se suprimiera, el Relator Especial estaba dispuesto a considerar esta supresión.

120. Varios miembros de la Comisión, aun mostrándose favorables al proyecto de artículo, así como al principio de la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno, apoyaron la supresión de la segunda frase del proyecto de artículo, que no consideraban verdaderamente indispensable.

121. En cambio, otros miembros opinaban que era necesario mantener la segunda frase del proyecto de artículos. Se señaló a este respecto que la primera y la segunda frases trataban cada una de un concepto diferente, la tipificación del acto, de una parte, y el carácter punible o no de ese mismo acto, de otra.

122. Algunos miembros, aun apoyando el mantenimiento del proyecto de artículo 2, pensaban que la Comisión debería evitar dar a entender que existía un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno. La mayoría de los crímenes que la Comisión había determinado eran punibles por el derecho interno de todos los Estados. Se señaló que el problema residía en que la tipificación prevista en el proyecto de código no estaba relacionada en modo alguno con la tipificación establecida en el derecho interno de un determinado Estado. A este respecto se sugirió que se modificase el texto de la primera frase del proyecto de artículo 2 de manera que reflejase la relación existente entre el proyecto de código y los códigos penales de todos los Estados civilizados.

123. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 3, titulado "Responsabilidad y sanción", el texto aprobado en primera lectura por la Comisión constaba de tres párrafos: los dos primeros habían sido mantenidos por el Relator Especial en su nueva propuesta (véase la nota de pie de página, 48); con arreglo al párrafo 3:

> "quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos ...] será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor."

---

[47]El proyecto de artículo 2 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

"Artículo 2 - Tipificación

La tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del derecho interno. El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación."

124. En su 12º informe el Relator Especial señalaba que el proyecto de artículo 3 planteaba el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo, principio admitido en derecho penal internacional desde el juicio del tribunal de Nuremberg. Por lo que respecta al párrafo 3 del artículo, se habían formulado críticas, que el Relator Especial compartía, en el sentido de que todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no eran susceptibles de tentativa: por ejemplo, la amenaza de agresión. En algunos casos la tentativa estaba prevista expresamente en convenciones vigentes, por ejemplo, en la Convención sobre el genocidio de 1948. A su juicio, en lugar de determinar caso por caso los crímenes previstos en el código que podían ser objeto de tentativa, el proyecto de código debería dejar a los tribunales competentes la tarea de definir por sí mismos si esta noción era aplicable en los asuntos concretos sometidos a su examen. El Relator Especial proponía pues una nueva formulación del párrafo 3 con arreglo a la cual el acto sólo se sancionaría si el tribunal estimaba que constituía realmente una tentativa[48].

125. En lo que respecta al título del proyecto de artículo 3, se hizo observar que el término "punishment" de la versión inglesa tenía una connotación más moral que jurídica, lo que no era apropiado.

126. El contenido del párrafo 1 fue generalmente bien acogido.

127. Por lo que respecta al párrafo 2, algunos miembros consideraron que su texto era demasiado vago y podía agrandar considerablemente la categoría de personas que podían ser procesadas en virtud del código. Por ejemplo, en el caso del crimen de agresión cada soldado podría ser procesado, lo que no concordaría con los principios del derecho de la guerra. En el capítulo II del proyecto de código se había tenido buen cuidado en definir las personas responsables de los crímenes y, a juicio de estos miembros, el párrafo 2 debería formularse de nuevo de manera que se tuviesen en cuenta cada uno de los crímenes enumerados en ese capítulo.

128. Algunos miembros consideraron aceptable el párrafo 3 tal como lo había modificado el Relator Especial.

129. Otros miembros expresaron reservas al respecto y preferían la versión original del párrafo. Se hizo notar a este respecto que si bien era cierto que la amenaza de agresión no podía ser objeto de una tentativa, éste era el único ejemplo que daba el Relator Especial; ello debería conducir a precisar los crímenes pertinentes que no podían ser objeto de tentativa. Se señaló también que la sugerencia de conceder a los tribunales competentes el derecho de decidir

---

[48]El proyecto de artículo 3, modificado por el Relator Especial dice así:

"Artículo 3 - Responsabilidad y sanción

1. Quien cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.

2. Quien proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, conspire para perpetrarlo o lo instigue directamente será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.

3. Quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer uno de los actos tipificados en el presente código será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos."

por sí mismos si era aplicable este concepto de tentativa en los asuntos concretos sometidos a su examen podía parecer atractiva pero, contrariamente a los tribunales penales, que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, interpretaban a veces en un sentido amplio un cierto número de conceptos, un tribunal penal internacional tendría facultades bien definidas y no era seguro que los Estados quisieran dejarle un gran margen de maniobra. En lo que concierne a la sustitución de la expresión "un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad" por las palabras "uno de los actos tipificados en el presente código" cabía preguntarse si esta modificación podría disipar los temores de quienes consideraban que este párrafo tenía un alcance muy general.

130. Otra sugerencia en relación con el párrafo 3 fue que se suprimiera incorporando la noción de tentativa, sin definirla, en el párrafo 1 del proyecto de artículo, en el que se podría decir "quien cometa o intente cometer...". Los elementos de definición de la tentativa podrían incorporarse en el comentario al proyecto de artículo.

131. Algunos miembros pensaban que el proyecto de artículo 3, al igual que el proyecto de artículo 2, debía indicar claramente que el hecho de no impedir la comisión de un crimen podía constituir en sí mismo un crimen.

132. A juicio de algunos miembros, el proyecto de artículo 3 debía seguir más de cerca el artículo 7 del estatuto del Tribunal Penal Internacional creado para enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia.

133. Por lo que respecta al proyecto de artículo 4, relativo a los "Móviles", aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión[49], el Relator Especial indicaba en su 12º informe que el artículo había suscitado muchas reservas, bien porque se considerara que constituía un obstáculo a los derechos de la defensa, bien porque se estimara que la disposición debía figurar más bien en el proyecto de artículo relativo a las circunstancias atenuantes. El Relator Especial aconsejó que se suprimiera este proyecto de artículo.

134. Un gran número de miembros de la Comisión apoyaron la propuesta del Relator Especial encaminada a suprimir el proyecto de artículo 4. Se señaló a este respecto que generalmente se hacía una distinción entre el móvil y la intención o mens rea, y que el móvil no formaba parte de los elementos constitutivos de la infracción. Por eso era de escasa utilidad retener el móvil pues no entraba en juego más que cuando se trataba de determinar el grado de responsabilidad. Los móviles políticos tendían a reducir la pena que normalmente se impondría, por ejemplo, evitando que se pronunciara la pena de muerte en los sistemas de justicia penal en que todavía existía. Estos miembros opinaban pues que al suprimir el proyecto de artículo 4 habría que incorporar su contenido al proyecto de artículo relativo a las circunstancias atenuantes.

135. En cambio, algunos otros miembros pensaban que el proyecto de artículo 4 tenía cabida en el proyecto de código y no creían que se pudieran incorporar los móviles en las circunstancias atenuantes o en la categoría de hechos

---

[49]El proyecto de artículo 4 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

"Artículo 4 - Móviles

No obstará a la responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que el acusado invoque móviles no comprendidos en la definición del crimen."

justificativos. Algunos de estos miembros subrayaron en particular que no convenía que las personas que cometieran crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pudieran argumentar que lo hacían por motivos políticos. Insistieron en que esta idea se expresara claramente en el proyecto. Había que precisar claramente que el móvil, sobre todo cuando se trataba de una infracción política, no se tomaría en consideración para la determinación de la responsabilidad y de las sanciones penales.

136. Por lo que respecta al proyecto de artículo 5, titulado "Responsabilidad de los Estados"[50], el Relator Especial señalaba en su 12º informe que no había dado lugar a ninguna observación desfavorable por parte de los gobiernos que habían formulado observaciones al respecto. Esos gobiernos coincidían todos en que un Estado debía ser considerado internacionalmente responsable del perjuicio causado por sus agentes a consecuencia de un acto criminal del que fueran autores. Un mismo hecho criminal, explicó, entrañaba a menudo dos consecuencias: una consecuencia penal, que era la sanción impuesta a su autor, y una consecuencia "civil", que era la obligación de reparar el perjuicio causado. Con gran frecuencia, en los crímenes de que se trataba, los autores eran agentes del Estado que actuaban en el ejercicio de sus funciones. En este caso la responsabilidad internacional en el sentido clásico de la expresión incumbía al Estado, tanto más cuanto que los daños causados, por razón de su importancia y de su magnitud, rebasaban considerablemente los medios de que disponían los agentes del Estado, autores de esos crímenes, para hacer frente a su reparación. El Relator Especial propuso pues que se mantuviera el proyecto de artículo.

137. Varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de artículo 5 aprobado en primera lectura y la propuesta de mantenerlo del Relator Especial. Se observó a este respecto que el artículo planteaba un principio muy prudente y fundamental según el cual la responsabilidad internacional penal del individuo no podría excluir la responsabilidad internacional del Estado a raíz de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se recordó también que este principio había sido consagrado en el artículo IX de la Convención sobre el genocidio de 1948.

138. Algunos miembros, aun apoyando el principio subyacente en el proyecto de artículos, consideraron que su redacción no era muy acertada y que podía mejorarse. Se señaló a este respecto que el proyecto de artículo 5 debía leerse junto con algunos artículos del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, a saber, los artículos 5 y 8 de la primera parte y el apartado b) del párrafo 2 del artículo 10 de la segunda parte. Ahora bien, a juicio de algunos miembros, el texto actual del proyecto de artículo parecía excluir la existencia de todo vínculo entre la responsabilidad penal de un individuo y la responsabilidad del Estado. Aunque debían distinguirse los dos conceptos, no había que olvidar que a veces se daba una coincidencia entre los dos. Por ejemplo, conforme al párrafo 2 del artículo 10 de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, uno de los elementos de la satisfacción era el enjuiciamiento penal de individuos en cuya actuación tenía su origen el

---

[50]El proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

"Artículo 5 - Responsabilidad de los Estados

El enjuiciamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonerará a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea imputable."

acto internacionalmente ilícito del Estado. Pero la satisfacción no podía descargar al Estado de las otras consecuencias posibles del crimen, como la reparación. Se sugirió pues que el proyecto de artículo debía decir claramente que "el enjuiciamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad ha de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional".

139. Además, mientras que algunos miembros pensaban que el texto del artículo podía mejorarse para evitar toda confusión con el concepto de responsabilidad penal del Estado, otros veían en la presente redacción el mérito de no descartar necesariamente esta noción si, en lo futuro, se reconocía.

140. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 6, titulado "Obligación de juzgar o de conceder la extradición"[51], el Relator Especial en su 12º informe señaló que los gobiernos, en su respuestas escritas, no impugnaban el principio enunciado en el artículo sino que se preocupaban más bien por las condiciones de su aplicación. Una primera observación se refería a las garantías que se habían de dar al acusado cuya extradición se solicitara. El Relator Especial señaló que este tema se había examinado con detenimiento en el informe del Grupo de Trabajo sobre la creación de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su anterior período de sesiones[52] y, en su opinión, la formulación propuesta en ese contexto podía recogerse en el proyecto de código. Una segunda observación de los gobiernos se había referido al ámbito de aplicación del principio enunciado en el proyecto de artículo 6. Según algunos Estados, este principio sólo debía aplicarse a los Estados que fuesen partes en el código, opinión que a juicio del Relator Especial debía tenerse en cuenta. El Relator Especial señaló que la tercera observación de los gobiernos se refería al orden de prioridad que se había de establecer entre las solicitudes de extradición en caso de pluralidad de solicitudes. Según el Relator Especial, si bien se reconocía unánimemente el principio de la territorialidad del derecho penal y en consecuencia debía ser en principio prioritaria la solicitud del Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen, no por ello era menos cierto que este principio no debía considerarse absoluto. Como habían hecho observar algunos gobiernos esta norma suscitaba reservas cuando el Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen era responsable de su comisión. Según el Relator Especial, este principio podía suscitar también reservas en la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional. El Relator Especial se había preguntado también si la solicitud

---

[51]El proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 6 - Obligación de juzgar o de conceder la extradición

1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional."

[52]Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10).

del Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen podía tener prioridad sobre la solicitud dimanada de una jurisdicción penal internacional. A juicio del Relator Especial, la respuesta debía ser negativa.

141. Algunos miembros aprobaron sin reservas el texto actual del párrafo 1 del proyecto de artículo. Algunos otros miembros, aun apoyando en principio la norma enunciada en el párrafo 1 se preguntaban si se había formulado de la mejor manera posible. Se señaló en este sentido que los diversos tratados y convenciones en vigor estaban redactados en términos muy variados en lo que respecta a la competencia universal y que sería necesario estudiarlos metódicamente para determinar los denominadores comunes. Los términos actuales del párrafo 1 no parecían concordar con los que se encontraban en los textos de referencia. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención sobre la prevención y la represión de las infracciones contra las personas que gozan de una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, de 1973, disponía que si el Estado parte no extraditaba al presunto autor de la infracción sometería el asunto a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según procedimiento en conformidad con la legislación de ese Estado. El proyecto de artículo 6 del proyecto de código, por su parte, decía solamente que el Estado estaba obligado a juzgar al presunto autor de un crimen o a conceder su extradición. A juicio de estos miembros el texto del proyecto de artículo 6 debería armonizarse con el de los otros instrumentos.

142. Por lo que respecta al alcance ratione personae de la norma enunciada en el párrafo 1, cabía preguntarse si esta norma debía aplicarse a los Estados partes en el código o a todos los Estados. Se hizo observar que en la medida en que el código pasara a ser una convención la respuesta teórica a la cuestión debía apreciarse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre el derecho de los tratados de 1969, en particular sus artículos 34, 35, 38 y 43. Se trataría pues de determinar en qué medida el principio aut dedere aut judicare había adquirido su ejecutoria como norma consuetudinaria que debía obligar a los Estados que no fueran partes en el código. Se indicó que, desde el punto de vista práctico, no reconocer a este principio un alcance erga omnes equivaldría a debilitar el sistema del código.

143. En relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo varios miembros, aun reconociendo la importancia que normalmente tenía el principio de la territorialidad en materia de extradición, expresaron sus reservas con respecto a la prioridad que el párrafo 2 parecía conceder en materia de extradición al Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen. Se hizo notar a este respecto que tal prioridad podía conducir a la extradición del presunto culpable al Estado cuya responsabilidad había entrado también en juego por el acto del individuo, lo que a su vez, podía dar lugar a sentencias de conveniencia. En otros casos, tal extradición podría conducir a sentencias que obedecieran más bien a una venganza que a un deseo de justicia.

144. Algunos miembros hicieron notar de todos modos que la norma propuesta en el párrafo 2 no era absoluta y que la formulación disponía solamente que "se tendrá en cuenta especialmente" la solicitud del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen. Se indicó que esta flexibilidad podría reforzarse sustituyendo la expresión "se tendrá en cuenta" por las palabras "podrá tenerse en cuenta".

145. En relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo se señaló que este párrafo y algunos aspectos del artículo en su conjunto deberían modificarse en lo futuro a la luz de la aprobación del estatuto de una corte penal internacional. Se hizo observar que habría que introducir una disposición análoga a la que figuraba en el artículo 63 del proyecto preliminar de estatuto

de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior[53] acerca de la entrega de un procesado al tribunal. Se sugirió que habría que indicar claramente en el proyecto de artículo que el tribunal internacional tendría prioridad en caso de pluralidad de solicitudes de extradición o entrega del procesado.

146. Por lo que respecta a las garantías que se habían de dar al acusado cuya extradición se solicitara, algunos miembros sugirieron que se recogiese en el proyecto de código la formulación adoptada en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior.

147. En relación con el proyecto de artículo 7 relativo a la imprescriptibilidad[54], el Relator Especial señaló en su 12º informe que las observaciones escritas recibidas de los gobiernos demostraban que la norma de la imprescriptibilidad no era aceptada unánimemente por los Estados. Esta norma no apareció hasta después de la segunda guerra mundial a instancias de las Naciones Unidas en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968 y la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, relativa a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, en cuyo párrafo 1 se decía que esos crímenes serán objeto de enjuiciamiento "dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". El Relator Especial señaló también que estos instrumentos, con todo, eran de alcance limitado pues se referían exclusivamente a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Le parecía difícil hacer extensiva esa norma a los demás crímenes tipificados en el código. En esas condiciones el Relator Especial estimaba que el proyecto de artículo relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes tipificados en el código debería suprimirse. Sólo se podían codificar las normas generales aplicables al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y la norma enunciada en el proyecto de artículo 7 no parecía aplicable al conjunto de los crímenes del código, al menos en el estado actual de las disposiciones vigentes.

148. Algunos miembros de la Comisión apoyaron la solución preconizada por el Relator Especial de suprimir el proyecto de artículo 7. Se señaló a este respecto que la norma de la imprescriptibilidad no podía aplicarse a todos los crímenes previstos en el código y que el proyecto de artículo 7 remitía a una cuestión que esencialmente correspondía resolver a los gobiernos, habida cuenta de las diversas consideraciones que debían tener en cuenta al tomar decisiones de política general. El hecho de que hubieran ratificado la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad menos de 30 Estados demostraba sobradamente que los gobiernos no estaban muy dispuestos a aceptar disposiciones que regulasen de antemano y de manera uniforme cuestiones que correspondían esencialmente a su política general.

---

[53] Ibíd.

[54] El proyecto de artículo 7 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

"Artículo 7 - Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es imprescriptible."

149. Se señaló asimismo que una regla absoluta de la imprescriptibilidad podría constituir en algunos casos un obstáculo a la reconciliación entre dos comunidades que hubieran podido en el pasado levantarse una contra otra o incluso un obstáculo a la amnistía concedida por un gobierno con el consentimiento democráticamente expresado por una comunidad nacional en interés del restablecimiento definitivo de la paz interna.

150. Se preguntó si sería prudente entregar a la justicia al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad 30 ó 40 años después de la comisión de ese crimen. Podían surgir dificultades de toda clase después de un intervalo tan largo. Se podría prever quizá, como solución de transacción, que la expiración del plazo de prescripción se suspendiera mientras hubiese razones de hecho para no iniciar un procedimiento penal, por ejemplo, durante todo el período en que criminales que pudieran ser procesados con arreglo a las disposiciones del código estuvieran en el poder en un país.

151. Algunos miembros pensaban que en lugar de la imprescriptibilidad habría que prever un plazo de prescripción suficientemente largo en relación con la gravedad de los crímenes incluidos en el proyecto de código.

152. En cambio otros miembros pensaban que la norma de la imprescriptibilidad tenía cabida en el proyecto de código, dado que la filosofía moral y jurídica de este instrumento se apoyaba en la noción fundamental de crímenes más graves y en la necesidad de extraer de ella las consecuencias más estrictas, tanto en el plano jurídico como en el plano práctico. Por eso, algunos de estos miembros opinaban que la cuestión del alcance del principio de imprescriptibilidad dependía en gran medida del contenido del proyecto de código, que debía tipificar los crímenes verdaderamente más graves o "crímenes de los crímenes" a los cuales pudiera razonablemente aplicarse el principio de imprescriptibilidad. En otro caso habría que reducir el alcance del proyecto de artículo 7 y aplicarlo solamente, por ejemplo, a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra.

153. Finalmente, algunos miembros que apoyaban el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pensaban que los efectos de esta norma podrían suavizarse por razones humanitarias o de reconciliación nacional previendo la posibilidad de que una persona condenada obtuviera el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena.

154. Al formular observaciones conjuntamente a los proyectos de artículos 8 (Garantías judiciales), 9 (Cosa juzgada) y 10 (Irretroactividad), varios miembros subrayaron tanto su importancia como la necesidad de coordinación entre esas disposiciones del proyecto de código y las relativas a las mismas materias en el proyecto de estatuto de una corte penal internacional.

155. Por lo que respecta al proyecto de artículo 8 (Garantías judiciales), el Relator Especial, en su 12º informe, señalaba que este artículo había suscitado una amplia unanimidad ya que se ajustaba a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proponía pues que se mantuviera[55].

---

[55]El proyecto de artículo 8 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 8 - Garantías judiciales

156. Varios miembros de la Comisión indicaron su conformidad con el texto actual del artículo 8 que según se subrayó consagraba las garantías mínimas de que debe gozar todo acusado, garantías que constituían una de las normas fundamentales del derecho internacional y los instrumentos relativos a los derechos humanos.

157. Finalmente, se hizo notar asimismo que convenía mantener un equilibrio ante las garantías judiciales ofrecidas al acusado y la seguridad de la comunidad internacional.

158. En lo que respecta al artículo 9 (Cosa juzgada), el proyecto de artículo aprobado provisionalmente en primera lectura disponía que nadie podría ser juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional. El párrafo 2 de dicho proyecto de artículo enunciaba el mismo principio en caso de condena o de absolución por sentencia firme de un tribunal nacional pero sometía este principio a numerosas excepciones previstas en los párrafos 3 y 4 del artículo, a saber: a) cuando los hechos que hubieran llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondieran a uno de los tipos establecidos en el presente código; b) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero hubiera tenido lugar en el territorio del Estado del tribunal que se proponía juzgar por segunda vez y c) cuando el Estado de ese segundo tribunal hubiera sido la víctima principal del crimen. El proyecto de artículo preveía no

---

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tendrá derecho sin discriminación a las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho. En particular tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y:

a) A ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él;

b) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él;

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

d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

e) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

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

g) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma, empleado en el tribunal;

h) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable."

obstante que en caso de nueva condena el segundo tribunal deduciría, al dictar sentencia, toda pena ya impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.

159. En su 12º informe el Relator Especial señaló que este proyecto de artículo suscitaba muchas reservas de parte de los gobiernos, reservas que atribuía al hecho de que el proyecto de artículo era fruto de una avenencia entre dos tendencias diferentes, una favorable y otra hostil a la inclusión del principio en el proyecto de código.

160. A juicio del Relator Especial, el principio de non bis in idem era aplicable en la hipótesis de la existencia de un tribunal internacional dotado de competencia concurrente con la de las jurisdicciones internas pues si se permitiera que éstas conocieran de un asunto del que ya había conocido la jurisdicción internacional se anularía la autoridad de esta última. En cambio, si no existía un tribunal penal internacional, el Relator Especial consideraba mucho más difícil la aplicación del principio non bis in idem a las sentencias ya dictadas por una jurisdicción nacional. Por eso, en su proyecto de artículo 9 revisado, el Relator Especial proponía limitar la aplicación del principio non bis in idem a la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional[56]. Para la redacción de su nuevo proyecto de artículo el Relator Especial se había inspirado en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia.

161. Algunos miembros de la Comisión refirieron sus comentarios al proyecto de artículo 9 aprobado en primera lectura. Expusieron dudas acerca de la compatibilidad de este proyecto de artículo, en particular sus párrafos 3 y 4, con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con las disposiciones correspondientes de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

---

[56]El proyecto de artículo 9 revisado propuesto por el Relator Especial decía así:

"Artículo 9 - Cosa juzgada

1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por un tribunal internacional.

2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad podrá ser juzgada posteriormente por el tribunal solamente si:

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario en lugar de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente código, el tribunal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por una jurisdicción nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida."

162. Refiriéndose a la nueva formulación del proyecto de artículo 9 propuesta por el Relator Especial, varios oradores se congratularon de que el Relator Especial descartara la posibilidad de que los Estados hicieran juzgar por sus propios tribunales un asunto ya juzgado por un tribunal internacional. Se subrayó a este respecto que un análisis a fondo hacía ver que, en virtud del derecho positivo en vigor, el principio non bis in idem sólo se aplicaba en el marco de un ordenamiento jurídico determinado de forma que no era imposible que, por los mismos hechos, se iniciase un procedimiento en otro Estado. En este contexto se señaló que el principio era relativo cuando autorizaba un segundo proceso en los casos en que lo exigieran los intereses superiores de la justicia, en que aparecieran hechos nuevos que fueran favorables al condenado y en que el tribunal que había juzgado no hubiera dado pruebas de imparcialidad o de independencia. Estos miembros aprobaron pues la iniciativa del Relator Especial de limitar la aplicación del principio a la única hipótesis de existencia de un tribunal penal internacional y consideraron aceptable la nueva formulación basada en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia.

163. Algunos miembros expresaron de todos modos ciertas reservas sobre el hecho de introducir en el proyecto de código disposiciones análogas a las que figuraban en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia. Señalaron que este Tribunal estaba basado en una resolución del Consejo de Seguridad que preveía medidas con fuerza obligatoria para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, con miras a asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad en esta región, mientras que el proyecto de código y el proyecto de estatuto de una corte penal internacional sólo se dirigían a los Estados que fuesen voluntariamente partes en ellos. Estos miembros pensaban pues que sería difícil aplicar el principio non bis in idem en el plano internacional porque los Estados generalmente no estaban dispuestos a aceptar la competencia de una jurisdicción internacional salvo en los casos en que dada la gravedad de los crímenes, debía otorgarse una competencia exclusiva a un tribunal internacional.

164. Algunos miembros pensaban que el nuevo texto propuesto por el Relator Especial no resolvía la complejidad de los problemas creados por el principio non bis in idem, puesto que la referencia a los delitos ordinarios y a las parodias del proceso que se hacía en el párrafo 2 planteaba cuestiones reales.

165. Por lo que se refiere al proyecto del artículo 10, relativo a la irretroactividad, el Relator Especial señalaba en su 12º informe que este texto no había suscitado casi objeciones. Indicaba que el párrafo 1 era la reafirmación de un principio fundamental del derecho penal y el párrafo 2 no era más que una reiteración del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proponía pues que se mantuviera el proyecto de artículo[57].

---

[57]El proyecto de artículo 10 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 10 - Irretroactividad

1. Nadie será condenado en virtud del presente código por actos cometidos antes de la entrada en vigor de éste.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de todo individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional."

166. Varios miembros manifestaron que estaban de acuerdo con el texto actual del artículo, que apoyaron atendiendo a las consideraciones expuestas por el Relator Especial en su 12º informe. También se señaló que la ley no podía tener efectos retroactivos, salvo cuando beneficiaba al acusado.

167. En relación con el proyecto de artículo 11, titulado "Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico", en su 12º informe el Relator Especial señalaba que el principio consagrado en este proyecto de disposición estaba ya enunciado en los "Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por el fallo de ese Tribunal" (principio IV). El Relator Especial subrayó que la Comisión no había hecho más que sustituir la expresión "si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción" por las palabras "si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden". A juicio del Relator Especial no convenía, sin fundamento serio, poner en tela de juicio ese principio y por lo tanto proponía que se mantuviera el proyecto de artículo[58].

168. Algunos miembros expresaron ciertas reservas con respecto al proyecto de artículo o hicieron sugerencias encaminadas a mejorar su texto. Así, por ejemplo, se señaló que, tal como estaba formulado actualmente, el artículo podía plantear graves problemas pues no existía ninguna relación entre la orden de un gobierno o de un superior jerárquico y la cuestión de la culpabilidad. Sugerir lo contrario era desconocer los principios generales del derecho y su aplicación. Se propuso que se suprimiera la frase entera que figuraba después de las palabras "responsabilidad penal". Se mencionó también que la Asamblea General no había "aprobado" realmente los principios de Nuremberg sino que solamente había tomado nota de ellos. Otra sugerencia fue que se añadiese un adjetivo, por ejemplo, la palabra "real" o la palabra "moral" a la palabra "posibilidad" que figuraba en el proyecto de artículo.

169. Otros miembros preferían volver a la expresión empleada en el principio IV de Nuremberg y redactar el proyecto de artículo de la manera siguiente: "El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad moral en derecho internacional si ha tenido moralmente la facultad de elegir".

170. Por lo que respecta al proyecto de artículo 12, relativo a la "Responsabilidad del superior jerárquico", el Relator Especial, en su 12º informe, hizo observar que esta disposición establecía una presunción de responsabilidad que pesaba sobre el superior jerárquico en los casos de crímenes cometidos por sus subordinados. Esta presunción de responsabilidad se derivaba de la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales establecidos después de la segunda guerra mundial para conocer de los crímenes cometidos en el curso de esa guerra y que el Relator Especial había citado abundantemente en su cuarto informe. Esa jurisprudencia se fundaba en la presunción de

---

[58]El proyecto de artículo 11 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 11 - Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad penal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden."

responsabilidad que pesaba sobre el superior jerárquico por la negligencia o falta de vigilancia o consentimiento tácito, faltas todas ellas que hacían penalmente responsable al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados. El Relator Especial proponía que se mantuviera el proyecto de artículo[59].

171. Algunos miembros consideraron que el proyecto de artículo era satisfactorio y debía mantenerse en su forma actual.

172. Otros miembros, si bien estimaron aceptable la idea general que se traslucía en el proyecto de artículo, opinaron que su texto suscitaba varias dificultades. Señalaron que la frase "si éstos sabían, o poseían información" introducía una noción acertada, pero tal vez formulada de manera algo simplista. Esos miembros pensaban que sería menester enunciar explícitamente los criterios precisos con arreglo a los cuales el superior jerárquico podía ser considerado responsable de un acto, ya que, en su redacción actual, el artículo atribuía una responsabilidad muy grave a los superiores jerárquicos. También subrayaron que convendría examinar más a fondo la noción de presunción de responsabilidad apuntada por el Relator Especial en su 12º informe, en vista de que en el proyecto de artículo 8 se enunciaba la norma relativa a la presunción de inocencia. Además, se sugirió que la Comisión estudiara las fuentes de este proyecto de artículo.

173. Respecto del proyecto de artículo 13, titulado "Carácter oficial y responsabilidad penal", el Relator Especial había señalado en su 12º informe que, si bien era difícil prever con detalle los diversos casos en que el jefe de Estado o de gobierno debía ser procesado, se podía afirmar, con todo, que el jefe de Estado o de gobierno que cometía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad debía ser procesado. El Relator Especial propuso que se conservara el proyecto de artículo 12 en su redacción actual[60].

---

[59]El proyecto de artículo 12 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 12 - Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, dada 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."

[60]El proyecto de artículo 13 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía así:

"Artículo 13 - Carácter oficial y responsabilidad penal

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad."

174. En general, la propuesta de mantener sin modificación el proyecto de artículo 13 fue recibida favorablemente en la Comisión. Se subrayó, a este respecto, que el proyecto de artículo se basaba directamente en el principio III de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia de este Tribunal.

175. Por otra parte, se hizo observar que el proyecto de artículo excluía totalmente la inmunidad vinculada al carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y que tal vez convendría estudiar la cuestión de la inmunidad de que pueden gozar los dirigentes de un Estado respecto de los procedimientos judiciales.

176. En cuanto al proyecto de artículo 14, titulado "Circunstancias eximentes y atenuantes", el texto aprobado en primera lectura constaba de dos párrafos. En el primero se disponía que el tribunal competente apreciaría la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, habida cuenta de la naturaleza de cada crimen. En el segundo párrafo se preveía la posibilidad de que, al dictar sentencia, el tribunal tuviese en cuenta, cuando procediera, las circunstancias atenuantes.

177. En su 12º informe el Relator Especial se había manifestado de acuerdo con los gobiernos que, en sus respuestas escritas, consideraban que los conceptos de circunstancias eximentes y circunstancias atenuantes debían tratarse por separado. Esas dos nociones, según señalaba el Relator Especial, no estaban en el mismo plano. Mientras las circunstancias eximentes restaban a un acto todo carácter delictivo, las atenuantes no excluían tal carácter, sino que simplemente aliviaban la responsabilidad penal del delincuente. En otras palabras, las circunstancias eximentes se referían a la existencia o la no existencia de un delito, mientras que las atenuantes se referían a la sanción. El Relator Especial opinaba también que las circunstancias eximentes, puesto que excluían la infracción, debían estar definidas en el Código, de la misma manera que las infracciones estaban definidas en el Código en virtud del principio nullum crimen sine lege. Por ello el Relator Especial proponía un nuevo proyecto de artículo 14 que trataba de las circunstancias eximentes, a saber, la legítima defensa, la coerción y el estado de necesidad[61].

178. El Relator Especial explicó que la legítima defensa a la que se hace referencia en este contexto no era la prevista en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ese Artículo eliminaba la ilicitud de un acto concreto, excluyendo así la responsabilidad internacional del Estado que lo cometiera. Sin embargo, al excluir la responsabilidad internacional del Estado, la legítima defensa excluía también la responsabilidad penal internacional de los dirigentes de ese Estado por el mismo acto. En cuanto a los conceptos de coerción o estado de necesidad, cabía decir que en la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales creados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y por la Ley No. 10 del Consejo de Control Interaliado en Alemania se habían admitido esos conceptos con las reservas y condiciones siguientes: a) la coerción y el estado de necesidad deben constituir una amenaza presente o

---

[61]El nuevo proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"Artículo 14 - Legítima defensa, coerción y estado de necesidad

No habrá crimen cuando los actos cometidos se justifiquen por la legítima defensa, la coerción o el estado de necesidad."

inminente; b) el acusado que invoca las eximentes de coerción o el estado de necesidad no puede haber coadyuvado, por falta propia, a la coerción o el estado de necesidad; y c) no debe haber desproporción entre el bien que se ha protegido y el bien que se ha sacrificado para escapar a la amenaza. El Relator Especial señaló también que esta jurisprudencia, inspirada en el derecho anglonorteamericano, no distinguía entre coerción y estado de necesidad.

179. En general se acogió favorablemente en la Comisión la idea de dedicar un artículo separado a las circunstancias eximentes.

180. Aun así, se formularon críticas acerca de la redacción del nuevo proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial. Se señaló que el nuevo texto se había simplificado demasiado en relación con el anterior y podía crear una confusión lamentable entre la legítima defensa del individuo y la que se preveía en el Artículo 51 de la Carta. Era imprescindible que se aclarara el texto, en vista de los posibles deslizamientos entre los dos tipos de legítima defensa. También se hizo observar que ninguna de las circunstancias eximentes mencionadas en el proyecto de artículo permitía justificar un acto como el genocidio y que la sencillez del texto podría inducir a creer que semejantes crímenes estaban justificados. Se indicó que podría atenuarse hasta cierto punto la ambigüedad incluyendo en el cuerpo del artículo las condiciones para su aplicación mencionadas por el Relator Especial en el texto de su informe (véase el párrafo 178 supra). Se señaló que la Comisión debería elaborar un texto más preciso sobre la legítima defensa, la coerción y el estado de necesidad, a falta de lo cual las circunstancias eximentes no ofrecerían gran interés práctico para los acusados.

181. También se hizo observar que el proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial debería subdividirse aún más, pues se trataba de elaborar dos conceptos diferentes. El acto cometido en el marco de la legítima defensa no era ilícito, mientras que en el caso de la coerción y del estado de necesidad no había falta, pero subsistía el elemento de ilicitud. Además, se sugirió que el error en cuanto circunstancia eximente figurase en el proyecto, aun cuando fuese poco probable que se invocara con frecuencia en el marco de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. También se mencionaron la "demencia" y el "consentimiento" entre los casos posibles de ausencia de responsabilidad que la Comisión debería examinar a fin de decidir si convenía incluirlos en el proyecto de código.

182. Por último, algunos miembros se mostraron algo reacios a aceptar la noción de que las circunstancias eximentes pudiesen aplicarse a actos tan graves como los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

183. El Relator Especial señaló que, en el nuevo proyecto de artículo que había propuesto en su 12º informe, se había eliminado en el título la palabra "eximentes".

184. El Relator Especial, refiriéndose al nuevo proyecto de artículo 15[62], sobre las "Circunstancias atenuantes", que propusiera en su 12º informe, señaló que,

---

[62]El nuevo proyecto de artículo 15 propuesto por el Relator Especial en su 12º informe dice así:

"Artículo 15 - Circunstancias atenuantes

Al imponer las penas, el tribunal podrá tener en cuenta las circunstancias atenuantes."

en general, se admitía en derecho penal que todo tribunal que conocía de una causa penal está facultado para examinar las circunstancias en las cuales se cometió la infracción y para determinar si existían circunstancias atenuantes de la responsabilidad del culpable. Por otra parte, el Relator Especial no creía que le correspondiera regular las circunstancias agravantes, pues se trataba de los crímenes más graves entre los más graves. Sin embargo, señaló que correspondía a la Comisión dirimir la cuestión.

185. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir en el código una disposición especial sobre las circunstancias atenuantes. Se hizo observar, a este respecto, que en inglés la palabra "mitigating" sería preferible a la palabra "extenuating".

186. En cuanto a la "demencia", invocada por varios gobiernos como circunstancia atenuante, existía el peligro de que tal argumento vaciara el código de todo contenido, pues los autores de crímenes tan horribles todos ser podían considerados dementes.

187. También se sugirió que el proyecto de artículo 15 se armonizara con la disposición correspondiente del proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional y que se examinara en correlación con la cuestión de las sanciones.

188. Se hizo una observación según la cual, en el supuesto de que el código fuese aplicado por las jurisdicciones nacionales, una solución de facilidad consistiría en remitirse a la formulación de las circunstancias atenuantes dada por las legislaciones nacionales respectivas.

189. A este respecto, algunos miembros opinaron que, como las circunstancias atenuantes eran asunto que competía al juez que pronunciaba la sentencia, el proyecto de artículo 15 no tenía razón de ser.

190. En cambio, otros miembros pensaban que en el proyecto de artículo 15 deberían tratarse tanto las circunstancias agravantes como las circunstancias atenuantes.

191. Al final del debate sobre su 12º informe, el Relator Especial hizo un resumen de las principales tendencias que se apreciaban y, al propio tiempo, expuso su opinión acerca de algunos de los extremos que se habían suscitado.

192. Por lo que hacía al título del proyecto de código, el Relator Especial consideraba que seguía reflejando la realidad, a juzgar por los acontecimientos que se habían producido recientemente en la antigua Yugoslavia, en Rwanda y en otros países, donde seguían cometiéndose crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. No acertaba a ver cómo podía modificarse ese título. El de "código de crímenes internacionales" sería un título demasiado general, pues el proyecto de código sólo se refería a los crímenes más graves que constituían un peligro para la humanidad y la civilización universal.

193. Refiriéndose al proyecto de artículo 1 (Definición), ya había explicado en varios de sus informes anteriores por qué la Comisión había preferido una definición por enumeración, antes que una definición general de los crímenes. Ello no obstante, algunos de los miembros de aquélla seguían siendo partidarios de una definición general o conceptual. El Relator Especial no tenía objeciones a ese respecto, pero el hecho era que en los trece años transcurridos, no se había propuesto ninguna definición general y él mismo no tenía ninguna que sugerir. La enumeración también era una definición válida. Un gobierno había sugerido una definición general seguida de una enumeración indicativa y no

limitativa. El Relator Especial había recogido esta idea, que consideraba interesante, pero también estaba dispuesto a estudiar otras propuestas.

194. Por lo que se refería al proyecto de artículo 2 (Tipificación), el Relator Especial señaló que confirmaba la autonomía del derecho internacional respecto del derecho interno. Si bien la primera frase había sido objeto de aprobación general, la segunda ("El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación") había suscitado cierta oposición, siendo así que algunos miembros de la Comisión estimaban que era redundante y no introducía nada nuevo. El Relator Especial señaló que, como la segunda frase explicaba y afianzaba la primera, era partidario de mantenerla. Señaló que, a partir del momento en que se admite que el derecho penal internacional es una ciencia con todas sus prerrogativas, debían poderse tipificar los actos punibles en virtud de ese derecho. La tipificación era normalmente asunto que competía al juez. Cuando una persona acusaba a otra de la comisión de un acto, no le correspondía calificar ese acto, sino simplemente describir los hechos que denunciaba. Incumbía al juez calificar el acto y decidir cuál era el delito, previsto en el código, al que correspondía el acto. Esto resultaba a veces sumamente difícil.

195. En relación con el proyecto de artículo 3 (Responsabilidad y sanción) el Relator Especial señaló que no bastaba con comprobar que se había cometido un crimen: también era necesario establecer el vínculo entre el hecho y la responsabilidad de su autor. Varios miembros de la Comisión habían impugnado la utilización de la palabra "punishment" en la versión inglesa y habían propuesto que se sustituyera por un término más apropiado. El Relator Especial se atendría a la decisión del Comité de Redacción.

196. En el párrafo 3, la noción de "tentativa" había sido objeto de largas discusiones. Se había preguntado al Relator Especial cuáles eran los crímenes que podían ser objeto de tentativa y cuáles no, pero desgraciadamente no era posible establecer tal distinción por adelantado. En su opinión, acometer esa tarea no llevaba a ninguna parte, pues correspondía al juez zanjar la cuestión.

197. El artículo 4 (Móviles), había suscitado dificultades, y el Relator Especial no acertaba a ver por qué el proyecto de código tenía que dedicar un artículo a esa cuestión. Había muchas clases de móviles. Podían cometerse delitos por dinero, pero también por orgullo o incluso por influencia de sentimientos más nobles como el honor o el amor. Siendo así que los miembros de la Comisión habían considerado que este tema podía tratarse en el marco del proyecto de artículo 14, referente a las circunstancias eximentes y atenuantes, el Relator Especial había pedido que se suprimiera el artículo 4, tanto más cuanto que, en su forma actual, ese artículo era desorientador, complicado y superfluo.

198. Se había afirmado que el proyecto de artículo 5 (Responsabilidad de los Estados) era incompleto, y el Relator Especial confirmaba que el artículo se limitaba a los crímenes cometidos por los representantes de un Estado. En general, cuando un agente del Estado cometía un acto ilícito, se consideraba que el Estado era responsable. Algunos miembros pensaban que el Estado no siempre lo era, porque ciertos individuos cometían actos independientemente del Estado. Eso era cierto, pero el Relator Especial pensaba en los autores de un crimen que en una u otra forma tuvieran algún vínculo con el Estado. Podía ocurrir que unas personas cometiesen crímenes internacionales muy graves sin tener ningún vínculo aparente con un Estado. Ciertos grupos terroristas, por ejemplo, podían no tener ningún vínculo visible con un Estado. No por ello dejaba de ser cierto que, incluso en ese caso, podían exigirse al Estado ciertas obligaciones particulares: los terroristas no actuaban en el vacío. Resultaba difícil

imaginar que unos grupos terroristas presentes en un Estado pudiesen cometer crímenes graves en otro Estado sin que estuviese implicado el primer Estado. El Estado que tenía un buen sistema de seguridad no podía ignorar la presencia en su territorio de grupos terroristas que propiciaban crímenes contra el territorio de otro Estado. El artículo 7 del proyecto de declaración sobre los derechos y deberes de los Estados, aprobado por la Comisión en 1949, establecía que todo Estado tenía el deber de velar por que las condiciones que prevalecían en su territorio no amenazasen la paz ni el orden internacionales. Cada vez que se cometía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, había detrás de ese crimen un Estado que lo permitía, bien por su negligencia bien por su complicidad. En cualquier caso, el Relator Especial indicó que convenía mantener el proyecto de artículo 5 en su forma actual, ya que únicamente establecía la responsabilidad de los Estados por los actos de sus agentes.

199. El Relator Especial agregó que continuamente se sacaba a relucir, aun cuando no correspondía, la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. El proyecto de artículo 5 se refería a la responsabilidad de los Estados por los actos cometidos por sus agentes, y de ello algunos miembros de la Comisión habían creído que podía deducirse que ese artículo planteaba el problema de la responsabilidad penal de los Estados. Por razones que había aducido en varias ocasiones, el Relator Especial no era partidario de la responsabilidad penal de los Estados. Además, ni el texto del proyecto de artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ni su comentario mencionaban la responsabilidad penal de los Estados. El Relator Especial no veía cómo un Estado podría incurrir en responsabilidad penal. Las sanciones impuestas a un Estado eran un asunto totalmente distinto, porque eran de naturaleza política y las imponían unos órganos políticos, como en el caso de los embargos decretados por el Consejo de Seguridad o las sanciones políticas adoptadas por un Estado vencedor contra el Estado vencido. En resumen, la responsabilidad de los Estados tal como se desprendía del proyecto de artículo 5 era internacional, pero no penal.

200. El Relator Especial señaló que, en principio, la obligación de juzgar o de conceder la extradición, enunciada en el proyecto de artículo 6, se fundaba en el principio de la competencia universal, principio del que la Comisión no podía hacer caso, tanto más cuanto que en esa época no se le había dado aún ningún mandato de elaborar un proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional. Ese mandato se le había dado mucho más tarde. Cuando se cometía un crimen de gravedad excepcional que vulneraba los intereses fundamentales de la humanidad, todos los Estados estaban afectados. El párrafo 2 del artículo 6 tenía por objeto prever los casos en que varios Estados desearan juzgar al autor de un crimen de esa índole. Sin embargo, en el párrafo 3 se preveía la creación ulterior de un tribunal penal internacional, cuya competencia prevalecería en caso de conflicto de jurisdicción con un Estado. Por lo que se refería a la extradición, no se había fijado ningún orden de prioridad, pero el Comité de Redacción había dado un lugar preferente al Estado en cuyo territorio se cometiera el crimen, sin excluir la posibilidad de crear un tribunal penal internacional.

201. Respecto del proyecto de artículo 7, relativo a la imprescriptibilidad, el Relator Especial señaló que se habían registrado divergencias de opiniones en la Comisión. Para unos, la imprescriptibilidad absoluta sería demasiado rigurosa y podía excluir la amnistía y la reconciliación nacional. Para otros, la gravedad de los crímenes considerados excluía necesariamente toda prescripción. Por su parte, el Relator Especial creía que la Comisión no debería tomar ninguna posición antes de que se concluyera la redacción del código. Ya había explicado en informes anteriores por qué prefería limitar al mínimo estrictamente necesario el número de crímenes incluidos en el código. Una vez que se hubiesen

determinado los crímenes propiamente dichos, la Comisión podría decidir si serían o no objeto de prescripción. Indicó, a título de ejemplo, que el código en su versión actual mencionaba la amenaza de agresión y los crímenes que se referían al medio ambiente. Por muy graves que fueran, no se veía bien por qué esos crímenes deberían ser imprescriptibles.

202. El Relator Especial subrayó que, respecto del proyecto de artículo 8, los miembros de la Comisión coincidían en que era menester reconocer al acusado el beneficio de las garantías judiciales. Se había sugerido que, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, el proyecto tuviese en cuenta también a los convenios regionales. Por su parte, el Relator Especial no era de ese parecer. Al elaborar un instrumento internacional, convenía basarse en documentos de alcance universal y no en textos regionales.

203. El Relator Especial indicó que en el proyecto de artículo 9 se transponía en el derecho internacional la regla non bis in idem, que era esencialmente una norma de derecho interno. En el plano interno no se planteaba ningún problema, ya que las jurisdicciones nacionales debían acatar la norma establecida por sus legislaciones internas. En cambio, en el marco del derecho internacional surgían algunas dificultades a causa de la ausencia de autoridad supranacional capaz de imponer sus decisiones a los Estados. Por ello se había introducido esta regla de manera gradual en el derecho internacional, primero a nivel regional, mediante tratados o acuerdos celebrados entre varios Estados en los que se preveía que la decisión dictada en un Estado podría ejecutarse en otro Estado, y después en el ámbito universal, por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el proyecto de código no podían ignorarse ahora las cuestiones importantes que suscitaba esta regla. En el Comité de Redacción se habían manifestado dos escuelas de pensamiento contrapuestas. Unos miembros, considerando que la regla era tan importante que equivalía a un derecho subjetivo de la persona, eran firmes partidarios de que se introdujera en el código. Otros se oponían a ello, por razones prácticas: aducían que un individuo podría eludir la aplicación de esa norma, por ejemplo refugiándose en un Estado vecino con el que tuviese afinidades políticas y cuyos tribunales serían probablemente más propensos a la indulgencia. El principio non bis in idem evitaría que ese individuo fuese juzgado en otro Estado en que los tribunales fuesen más severos. El Relator Especial indicó que, en vista de esa divergencia de opiniones, había sido necesario hallar una fórmula de transacción y esa fórmula era la que se reflejaba en el proyecto de artículo 9, que comenzaba enunciando la norma general y preveía a continuación dos excepciones, en los apartados a) y b) del párrafo 4. Por lo demás, podría pensarse en una tercera excepción, la del error de tipificación, en el caso, por ejemplo, de que una persona hubiese sido juzgada por homicidio y se descubriera posteriormente que su móvil real había sido el genocidio. En lo que hacía a la palabra "imparcial" que figuraba en el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 revisado y que también aparecía en el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, el Relator Especial reconocía que, en ese contexto, la palabra no se empleaba con propiedad, en la medida en que un Estado no podía enjuiciar la imparcialidad de otro Estado, por lo menos en teoría.

204. El Relator Especial indicó que el proyecto de artículo 10 (No retroactividad) había sido bien acogido en general.

205. Por lo que se refería al proyecto de artículo 11, el Relator Especial indicó que difería muy poco de la disposición sobre los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la

sentencia de este Tribunal, en la que se inspiraba. El proyecto de artículo sólo planteaba un problema: si bien era cierto que, por regla general, una persona no podía invocar la orden de un gobierno o de un superior jerárquico para eximirse de responsabilidad penal, todo dependía, sin embargo, de la naturaleza de la orden. Algunas órdenes eran tan manifiestamente ilegales que cualquiera que las cumpliera incurriría en responsabilidad penal. Ahora bien, tal no era siempre el caso. Un soldado raso, por ejemplo, tendría enormes dificultades para saber si la orden que se le daba se ajustaba a las normas del derecho internacional humanitario. Con todo, la cuestión podía dilucidarse en el comentario.

206. El Relator Especial reconocía que la nueva redacción que proponía para el proyecto de artículo 14 (Legítima defensa, coerción y estado de necesidad), era sumamente breve. Quizás habría sido mejor hablar, por una parte, de la legítima defensa que era, en efecto, una circunstancia eximente y, por otra, de la coerción y del estado de necesidad que no eran circunstancias eximentes sino elementos atenuantes de la responsabilidad del autor de un delito, pero que no por ello hacían desaparecer el carácter delictivo del acto en sí. Se reconocía muy generalmente, y también se desprendía muy claramente de la primera parte del proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados, que la legítima defensa excluía la ilicitud. El Relator Especial sólo había querido decir que, si un Estado acusado de haber cometido un acto de agresión invocaba la legítima defensa y si este argumento era aceptado, la ilicitud del acto quedaría excluida y, por consiguiente, los dirigentes del Estado que hubiese ordenado la realización del acto no podrían ser juzgados por agresión. No había querido dar a entender que se podía contestar a la agresión por el genocidio.

207. El Relator Especial indicó que, en cambio, la coerción no excluía la ilicitud, pero podía tomarse en consideración para descartar la responsabilidad penal. El estado de necesidad difería de la coerción por cuanto comportaba un elemento de elección. La abundante jurisprudencia citada por el Relator Especial en su cuarto informe demostraba también que la coerción y el estado de necesidad podían tomarse en consideración para descartar o atenuar la responsabilidad y abonaba, por consiguiente, la inclusión de esas circunstancias en el proyecto de código.

208. En cuanto a las circunstancias atenuantes que eran objeto de un nuevo proyecto de artículo 15, el Relator Especial indicó que, aunque nada obligaba a incluir una disposición sobre esta materia en el proyecto de código, se admitía generalmente que los tribunales estaban facultados para examinar toda circunstancia - personal, familiar o de otra índole - que aliviaba la responsabilidad del acusado. Como indicaba en su 12º informe, no creía que fuese oportuno tratar de las circunstancias agravantes, ya que los crímenes a los que se refería el código eran los más graves entre los más graves y resultaba difícil pensar en circunstancias que agravasen aún más la responsabilidad. Ello no obstante, si la Comisión consideraba que era preciso dedicarles una disposición del código, no cabía duda que el Comité de Redacción estaría dispuesto a tratar la cuestión.

209. Por lo que hacía a la solución de controversias, el Relator Especial manifestó que estaba naturalmente dispuesto a presentar un proyecto de artículo al respecto.

Capítulo III

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

A. Introducción[63]

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

211. La labor iniciada por los Relatores Especiales, Sr. Richard D. Kearney, Sr. Stephen M. Schwebel, Sr. Jens Evensen y Sr. Stephen C. McCaffrey, fue continuada por el Sr. Robert Rosenstock, nombrado por la Comisión Relator Especial del tema en su 44º período de sesiones en 1992[64].

212. En su 43º período de sesiones, la Comisión aprobó en primera lectura todo el proyecto de artículos sobre el tema[65], que se transmitió, de conformidad con los artículos 16 y 21 del Estatuto de la Comisión, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General el 1º de enero de 1993 a más tardar.

213. En su 45º período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe (A/CN.4/451) del Relator Especial. La Comisión también tuvo ante sí los comentarios y observaciones sobre los proyectos de artículo recibidos de los gobiernos (A/CN.4/447 y Add.1 a 5).

214. Al concluir el debate, la Comisión, en su 2316ª sesión, remitió los artículos 1 a 10 al Comité de Redacción.

215. En su 2322ª sesión, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.489). El informe contenía el texto de los artículos aprobados por el Comité en segunda lectura, a saber: los artículos 1 a 6 y los artículos 8 a 10. La Comisión decidió aplazar la decisión sobre los proyectos de artículo propuestos hasta el próximo período de sesiones (1994).

---

[63]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, párrs. 268 a 278; Anuario ... 1989, vol. II (segunda parte), págs. 130 a 132, párrs. 621 a 636; y el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10) (A/46/10), págs. 163 y 164, párrs. 29 a 35.

[64]Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10) (A/47/10), pág. 138, párr. 350.

[65]Para los artículos aprobados en primera lectura, véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10) (A/46/10), págs. 173 a 185.

216. En el actual período de sesiones, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (E/CN.4/462 y Corr.1, en español solamente) en sus sesiones 2334ª a 2339ª. El segundo informe, continuando el primero, contenía propuestas expresas para: la supresión de la frase "y fluyen a un término común" en el artículo 2 del proyecto de artículos; la inclusión en el proyecto de artículos de las aguas subterráneas confinadas "no relacionadas con las aguas de superficie" o acuíferos; la inclusión de un nuevo párrafo b) al artículo 16 para limitar el perjuicio causado a un Estado notificante derivado exclusivamente de la omisión del Estado notificado de responder a la notificación prevista en los artículos 12 y 13 del proyecto de artículos; la adición de las palabras "fuentes de energía" al párrafo 3 del artículo 21; y la inclusión de un nuevo artículo 33 relativo a la solución de controversias.

217. En la 2339ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo incluidos en el segundo informe. La Comisión invitó al Comité de Redacción a continuar el examen de los proyectos de artículo, sin las enmiendas introducidas por el Relator Especial con respecto a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie, y a presentar sugerencias a la Comisión sobre la manera de proceder con respecto a la cuestión de dichas aguas.

218. El informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.492 y Add.1) fue presentado a la Comisión por su Presidente en la 2353ª sesión. La Comisión examinó el informe en las sesiones 2353ª a 2356ª. Sobre la base de ese informe, la Comisión adoptó el texto final de una serie de 33 proyectos de artículo sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y una resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. De conformidad con su Estatuto, la Comisión presenta el proyecto de artículos y la resolución a la Asamblea General, junto con una recomendación que se incluye a continuación.

B. Recomendación de la Comisión

219. La Comisión decidió recomendar el proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas a la Asamblea General. La Comisión recomienda que la Asamblea General o una conferencia internacional de plenipotenciarios elabore una convención sobre la base del proyecto de artículos.

C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock

220. En su 2356ª sesión, la Comisión, tras adoptar el proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

"La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

Desea expresar al Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock, su hondo agradecimiento y cordial felicitación por la destacada contribución que ha aportado a la preparación del proyecto mediante sus esfuerzos incansables y

abnegada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas."

221. La Comisión expresó también su profundo agradecimiento a los anteriores Relatores Especiales: el Sr. Richard D. Kearney, el Sr. Stephen M. Schwebel, el Sr. Jens Evensen y el Sr. Stephen C. McCaffrey, por su destacada contribución a la labor sobre este tema.

D. Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas

222. El texto de los proyectos de artículo 1 a 33 y sus comentarios, así como la resolución, en su forma aprobada finalmente por la Comisión en su 46º período de sesiones, se reproducen a continuación.

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

Parte I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1

Ámbito de aplicación de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación y gestión relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Comentario

1) Párrafo 1. La palabra "usos", empleada en el artículo 1, procede del título del tema y tiene que interpretarse en un sentido amplio, de modo que abarque todos los usos de un curso de agua internacional, salvo los de navegación, como se desprende de la frase "para fines distintos de la navegación".

2) Más de una vez se ha preguntado si la expresión "curso de agua internacional" se refiere sólo al cauce mismo o comprende también las aguas que fluyen por ese cauce. Con objeto de disipar cualquier duda, el párrafo 1 añade las palabras "y de sus aguas" a la expresión "cursos de agua internacionales". En el párrafo 1 se utiliza la fórmula "cursos de agua internacionales y de sus aguas" para señalar que los artículos se aplican tanto a los usos del propio curso de agua como a los usos de sus aguas, siempre que haya alguna diferencia

entre ambos. Debe entenderse que, en los artículos siguientes, las referencias al curso de agua internacional abarcan las aguas de ese curso de agua. Por último, los presentes artículos se aplicarán a los usos no sólo de las aguas que efectivamente contiene el curso de agua, sino también de las que se desvíen del curso de agua.

3) La referencia a las "medidas de conservación y gestión relacionadas con los usos de" los cursos de agua internacionales pretende abarcar no sólo las medidas adoptadas para hacer frente a la degradación de la calidad del agua, en particular los usos que dan lugar a contaminación, sino también las dirigidas a resolver otros problemas de los cursos de agua, como las relativas a los recursos vivos, la protección contra las crecidas, la erosión, la sedimentación y la intrusión de agua salada. Se recordará que en el cuestionario enviado a los Estados sobre este tema[66] se preguntaba si se debían considerar problemas como éstos y que en la mayoría de las respuestas se contestaba afirmativamente y se mencionaban los problemas específicos que se acaban de señalar. La expresión "medidas de conservación y gestión" comprende también las diversas formas de cooperación, institucionalizada o no, relativa a la utilización, el aprovechamiento, la conservación y la gestión de los cursos de agua internacionales y el fomento de su utilización óptima.

4) En el párrafo 2 del artículo 1 se reconoce que no se puede excluir totalmente del ámbito de aplicación de los artículos el uso de las aguas para la navegación. Como se indica en las respuestas de los Estados al cuestionario de la Comisión y como se desprende de la realidad de los hechos en los usos de las aguas, los artículos tienen que regular tanto las repercusiones de la navegación sobre otros usos de las aguas como las de otros usos de las aguas sobre la navegación. Las exigencias de la navegación influyen en la cantidad y la calidad de las aguas disponibles para otros usos. La navegación puede contaminar y, de hecho, contamina a menudo los cursos de agua, requiere que se mantengan ciertos niveles de agua y necesita pasar a través de las barreras existentes en los cursos de agua o alrededor de tales barreras. Las relaciones entre el uso de los cursos de agua para la navegación y los usos para fines distintos de la navegación son tantas que, en cualquier curso de agua en que ya se navegue o en que se vaya a iniciar la navegación, los ingenieros y los encargados del aprovechamiento del curso de agua no pueden separar las exigencias y los efectos de la navegación, por una parte, y las exigencias y los efectos de otros usos de las aguas, por otra. El párrafo 2 del artículo 1 se ha redactado en consecuencia. Sin embargo, se ha formulado de forma negativa a fin de poner de relieve que el uso de las aguas para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos salvo en la medida en que otros usos de las aguas afecten la navegación o resulten afectados por ésta.

5) A juicio de un miembro, en ausencia de criterios homogéneos de identificación, los usos de un curso de agua internacional para fines distintos de la navegación podrían identificarse con arreglo a tres criterios: su naturaleza (industrial, económica o privada), el carácter técnico de la obra o de los medios utilizados y la vinculación de tal empresa a la jurisdicción o el control de un Estado del curso del agua.

---

[66] El texto definitivo del cuestionario enviado a los Estados Miembros se reproduce en Anuario ... 1976, vol. II (primera parte), págs. 164 y 165, documento A/CN.4/294 y Add.1, párr. 6; véase también Anuario ... 1984, vol. II (segunda parte), págs. 86 y 87, párr. 262.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) Se entiende por "curso de agua internacional" un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

b) Se entiende por "curso de agua" un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a un término común;

c) Se entiende por "Estado del curso de agua" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.

Comentario

1) En el artículo 2 se definen ciertos términos que se utilizan en todo el proyecto de artículos. Otros términos que sólo se utilizan en un artículo determinado se definen en ese mismo artículo.

2) En el apartado a) se define el término "curso de agua internacional", que se emplea en el título del tema y en todo el proyecto de artículos. 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 apartado c) del presente artículo, la cuestión de saber si algunas partes de un curso de agua se encuentran en Estados distintos "depende de factores físicos, cuya existencia se puede determinar en la gran mayoría de los casos por simple observación". Los ejemplos más comunes serían los de un río o caudal que constituya una frontera o la cruce, o de un lago a través del cual pase la línea fronteriza. La utilización de las palabras "se encuentran" no significa que las aguas sean estáticas. Como se desprende de la definición de "curso de agua" que figura en el apartado b), si bien el canal, el lecho del lago o el acuífero que contienen las aguas son por naturaleza estacionarios, las aguas están constantemente en movimiento.

3) En el apartado b) se define el término "curso de agua". Aunque en el proyecto de artículos este término sólo se utiliza conjuntamente con otros (por ejemplo, "curso de agua internacional", "Estado del curso de agua" y "acuerdos de curso de agua"), en aras de la claridad y de la precisión se ha preferido definirlo separadamente. Dado que, según la definición del apartado a), el "curso de agua internacional" es un "curso de agua" que posee determinadas características geográficas, es necesario entender claramente el significado de la expresión "curso de agua".

4) Por "curso de agua" se entiende un "sistema de aguas de superficie y subterráneas". Con ello se hace referencia a un sistema hidrológico, integrado por varios componentes diferentes a través de los cuales fluyen las aguas, tanto de superficie como subterráneas. Esos componentes abarcan ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y canales. En la medida en que están interrelacionados, esos componentes forman parte de un curso de agua. Esta es la idea que se expresa en la oración "aguas ... que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario". Así, parte de las aguas de un caudal pueden infiltrarse por debajo de su lecho cauce, extendiéndose más allá de las

riberas del caudal, para volver a emerger en él, fluir a un lago que desagua en un río, ser desviadas por un canal hacia un embalse, etc. Como las aguas de superficie y subterráneas forman un sistema y, en virtud de su relación física, constituyen un todo unitario, la intervención humana en un punto del sistema puede tener repercusiones en cualquier otro punto. Otra consecuencia del carácter unitario del sistema es que el término "curso de agua" no abarca las aguas subterráneas "confinadas", esto es, las que no guardan ninguna relación con aguas superficiales. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión consideraron que esas aguas debían quedar incluidas en el término "curso de agua" siempre que una frontera atravesara el acuífero en el que se encontrasen. También se indicó que la Comisión podría estudiar por separado las aguas subterráneas confinadas con miras a la preparación de proyectos de artículos.

5) Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas en cuanto a la inclusión de los canales entre los componentes de los cursos de agua, ya que, en su opinión, el proyecto se había elaborado sobre la base de que un "curso de agua" era un fenómeno natural.

6) Para que un sistema de aguas superficiales y subterráneas constituya un "curso de agua" a los fines del proyecto de artículos, el apartado b) exige también que las aguas de ese sistema fluyan normalmente a un "término común". Se ha modificado la frase "y fluyen a un término común" agregándole el adverbio "normalmente". Este cambio representa una transacción destinada no a ampliar el alcance geográfico del proyecto de artículos sino a colmar la distancia que separa a quienes pedían la supresión pura y simple de la expresión "término común", alegando, entre otros argumentos, que es errónea, amén de engañosa, desde el punto de vista hidrográfico, y excluiría ciertas aguas importantes, por una parte, y quienes insistían en que se mantuviese el concepto de término común para fijar ciertos límites al ámbito geográfico de los artículos, por otra. Así, por ejemplo, el hecho de que dos cuencas de drenaje diferentes estén conectadas por un canal no bastaría para considerarlas parte de un solo "curso de agua" a efectos de los artículos. Tampoco cabe considerar que el Danubio y el Rin forman un solo sistema por el mero hecho de que en ciertas épocas del año las aguas fluyen por vía subterránea del Danubio al Rin a través del lago de Constanza. El sentido común y la razón práctica exigen que el Danubio y el Rin sigan considerándose conjuntos unitarios separados. Con la frase modificada por la palabra "normalmente", se intenta reflejar los conocimientos hidrográficos modernos en cuanto a la complejidad del movimiento de las aguas, y tener en cuenta las particularidades de casos concretos como los del Río Grande, el Irawaddy, el Mekong y el Nilo. Todos los ríos que acaban de mencionarse, si bien forman "un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario", fluyen hacia el mar, en todo o en parte, por vía subterránea, con una serie de ramificaciones que pueden distar hasta 300 km unas de otras, o desaguan en lagos en ciertas épocas del año y en el mar en otras.

7) Como ya se ha indicado, la definición del "Estado del curso de agua", contenida anteriormente en el artículo 3, se ha trasladado sin modificaciones al apartado c) del artículo 2. Este cambio tiene por objeto agrupar en un solo artículo sobre términos empleados la definición de expresiones que aparecen a todo lo largo de los artículos.

8) El concepto de "curso de agua" o de "sistema de cursos de aguas" no es nuevo. La expresión se ha venido usando desde hace mucho tiempo en convenios internacionales para referirse a un río, sus tributarios y los canales relacionados con ellos. El Tratado de Versalles contiene varias referencias a los "sistemas fluviales". Por ejemplo, al declarar "internacionales" diversos ríos, el Tratado se refiere a "todas las partes navegables de estos sistemas

fluviales ..., junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados, o bien para poner en comunicación dos sectores naturalmente navegables de un mismo río ..."[67]. Si bien el artículo citado se refiere a la navegación, no hay duda de que el uso equitativo podría ser afectado, o de que podría causarse un daño sensible, por medio del mismo sistema de aguas en virtud de su propia interconexión. También en el caso del Oder, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que el régimen internacional de dicho río comprendía, con arreglo al Tratado de Versalles, "todas las partes navegables de estos sistemas fluviales ... junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados ..."[68].

9) Disposiciones análogas a las del Tratado de Versalles pueden encontrarse en el Convenio de 1921 en que se fija el estatuto definitivo del Danubio. Dicho Convenio alude en su artículo 1 al "sistema fluvial internacionalizado", que comprende, según el artículo 2, los "canales laterales o las vías fluviales que se pueden construir ..."[69].

10) Más recientemente, el Convenio de 1950 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Hungría se refiere en sus artículos 1 y 2 a "los sistemas hídricos de la cuenca fluvial del Tisza"[70]. Una serie de tratados celebrados entre Yugoslavia y sus vecinos a mediados del decenio de 1950[71] incluyen en su ámbito, entre otras cosas, los "cursos de agua y sistemas hídricos" y, en particular, "las aguas subterráneas"[72]. Dos de esos tratados contienen una amplia definición de la expresión "sistema hídrico", la cual comprende "todos los cursos de agua (superficiales o subterráneos, naturales o artificiales)"[73].

---

[67] Tratado de Versalles, art. 331, British and Foreign State Papers, 1919, vol. CXII (Londres, H.M. Stationery Office, 1922), pág. 173. Véase también, por ejemplo, el artículo 362, que hace referencia al "sistema fluvial del Rin", ibíd., pág. 184.

[68] Fallo de 10 de septiembre de 1929, C.P.J.I., Série A, No. 23.

[69] Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. XXVI, pág. 177.

[70] Convenio entre la Unión Soviética y Hungría sobre medidas para prevenir inundaciones y regular el régimen hidrológico en la frontera sovieticohúngara en la zona del río fronterizo Tisza, de 9 de junio de 1950. Naciones Unidas, Legislative Series, Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the utilization of International Rivers for Other Purposes than Navigation (en lo sucesivo, Legislative Texts) (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 63.V.4), Tratado No. 227, pág. 827.

[71] Legislative Texts, Tratados Nos. 228 (con Hungría), 128 (con Albania) y 161 (con Bulgaria). Véanse también el Tratado de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 552, pág. 175, art. 2, párr. 3; la Convención de 1972 entre Suiza e Italia relativa a la protección de las aguas fronterizas respecto de la contaminación, Revue générale de droit international public, t. 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.

[72] Legislative Texts, Tratados Nos. 228, 128 y 161.

[73] Ibíd., Tratados Nos. 128 y 228, art. 1, párr. 3.

11) El Tratado relativo a las aguas del Indo de 1960, entre la India y el Pakistán, utiliza también el concepto de sistema. En el preámbulo las partes declaran su "deseo de utilizar en la forma más completa y satisfactoria las aguas del sistema fluvial del Indo ..."[74]. El Tratado es aplicable a los ríos designados, sus tributarios y los lagos que los conectan[75], y define en forma lata el término "tributario"[76].

12) Entre los tratados más modernos, el Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambeze, y el Plan de Acción anexo[77], merecen destacarse por su enfoque global de la ordenación internacional de los recursos hídricos. Por ejemplo, el Plan de Acción declara que su objetivo es la supresión de ciertos problemas que enumera, "promoviendo así la elaboración y ejecución de una ordenación ambientalmente racional de los recursos hídricos en todo el sistema fluvial"[78]. Varios otros tratados muestran asimismo que los Estados reconocen la importancia de tratar a los sistemas y cursos de agua internacionales de manera integral[79].

---

[74] Tratado de 19 de septiembre de 1960, entre la India y el Pakistán, relativo a las aguas del Indo, ibíd., Tratado No. 98, pág. 300.

[75] Ibíd., art. 1, párr. 3.

[76] Ibíd., art. 1, párr. 2.

[77] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambeze, Acta Final, Harare, 26 a 28 de mayo de 1987 (Naciones Unidas, 1987), reimpreso en International Legal Materials, vol. XXVII (1988), pág. 1.109.

[78] Plan de Acción, ibíd., párr. 15.

[79] 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, Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13 (1984) (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 84.II.A.7), pág. 6. Véanse también la Convención de 21 de noviembre de 1980 por la que se crea la Dirección de la Cuenca del Níger, ibíd., pág. 56; la Convención y los Estatutos de 1964 relativos al desarrollo de la Cuenca del Chad, ibíd., pág. 8; la Convención de 1978 relativa a la creación de la Organización de aprovechamiento de la cuenca del Gambia, ibíd., 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 relativo al aprovechamiento en cooperación de los recursos hídricos de la cuenca del Columbia, de 17 de enero de 1961, entre el Canadá y los Estados Unidos, Legislative Texts, Tratado No. 65; y el Canje de Notas de 1944 relativo a un estudio sobre la utilización de las aguas de la cuenca del 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], 85º Congreso, segunda sesión, documento No. 118 (Washington, D.C., 1958), pág. 89.

Y a conclusiones semejantes han llegado las organizaciones internacionales y los expertos[80].

13) En el apartado c) se define la expresión "Estados del curso de agua", expresión que se utilizará constantemente en los presentes artículos.

14) La definición enunciada en el apartado c) se basa en un criterio geográfico, a saber, el hecho material de que "parte de un curso de agua internacional", en el sentido en que se define esa expresión en el artículo 2, se encuentra en el Estado de que se trate. La cuestión de si ese criterio ha sido satisfecho depende de factores físicos, cuya existencia puede determinarse en la gran mayoría de los casos por simple observación.

---

[80] La Comisión Económica para Europa sigue por lo general el mismo criterio en su labor. Véanse, por ejemplo, la Declaración sobre política de utilización racional del agua, adoptada por la CEPE en 1984, CEPE, Two Decades of Co-operation on Water, documento ECE/ENVWA/2 (1988), pág. 15, y otros instrumentos contenidos en esa publicación. En una serie de reuniones celebradas con los auspicios de las Naciones Unidas se han aprobado recomendaciones instando a que los cursos de agua internacionales sean tratados como un conjunto unitario: 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, No. 20 (1990) (publicación de las Naciones Unidas, número 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 integral (y no de modo fragmentario)". (ADI, Report of the Forty-Eighth Conference, Nueva York, 1958, anexo II, pág. 99, "Agreed Principles of International Law", principio I. Las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales (denominadas en lo sucesivo "las Normas de Helsinki"), adoptadas por la ADI en 1966, utilizan en el comentario al artículo II la expresión "sistema hidrográfico" al definir el término "cuenca hidrográfica internacional", 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 encuentra en 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, aprobada por el Instituto en 1979, ibíd., vol. 58 (I), sesión de Atenas, septiembre de 1979 (Basilea/Munich, 1980). Un grupo 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), reproducido 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 J. Lammers, en Pollution of International Watercourses (1984), págs. 19 y 20.

Artículo 3

Acuerdos de curso de agua

1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados "acuerdos de curso de agua", que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua.

2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe de manera sensible el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua.

Comentario

1) La Comisión, desde las primeras etapas de su examen del tema, ha reconocido la diversidad que caracteriza los diferentes cursos de agua y la dificultad consiguiente de formular principios generales que puedan aplicarse universalmente a los diversos cursos de agua de todo el mundo. Algunos Estados y ciertos autores han considerado esta general diversidad un verdadero obstáculo para el desarrollo progresivo y la codificación de la materia en el plano universal. Pero es evidente que la Asamblea General, que no ignora la diversidad de los cursos de agua, ha dado por supuesto, sin embargo, que el tema se prestaba para el cometido de la Comisión.

2) En el curso de sus trabajos sobre el presente tema, la Comisión ha elaborado una solución prometedora para el problema de la diversidad de los cursos de agua internacionales y de las necesidades humanas que éstos satisfacen: la de un acuerdo marco o básico que proporcione a los Estados partes los principios y reglas generales por los que se rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, a falta de un acuerdo determinado entre los Estados interesados, y las pautas para la negociación de los futuros acuerdos. Este planteamiento reconoce que la mejor manera de lograr una utilización, protección y aprovechamiento óptimos de un curso de agua internacional determinado es la celebración de un acuerdo que se ajuste a las características de ese curso de agua y a las necesidades de los Estados interesados. Tiene en cuenta asimismo la dificultad, evidenciada por la historia, de alcanzar tales acuerdos respecto de cada curso de agua sin contar con principios jurídicos generales acerca de los usos de tales cursos de agua, principios que habrán de enunciarse en el acuerdo marco. Este planteamiento ha

sido aprobado en líneas generales tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General[81].

3) Existen precedentes de este tipo de acuerdos básicos con respecto a los cursos de agua internacionales. Entre los primeros ejemplos cabe citar la Convención relativa a la ordenación de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados (Ginebra, 9 de diciembre de 1923)[82] y el Tratado de la Cuenca del Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969)[83].

4) El párrafo 1 del artículo 3 se refiere expresamente al método del acuerdo marco, con el cual los presentes artículos pueden adaptarse para que se ajusten a las necesidades de un curso de agua internacional determinado. Así, los "acuerdos de curso de agua", según se definen en este párrafo, son los acuerdos por los que se "apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua". Con las palabras "apliquen y adapten" se quiere dar a entender que, si bien la Comisión prevé que los acuerdos relativos a un curso de agua internacional determinado tendrán en cuenta las disposiciones de los presentes artículos, éstas son fundamentalmente de carácter supletorio. Los Estados cuyos territorios abarquen un curso de agua internacional determinado conservarán, pues, su libertad no sólo para aplicar las disposiciones de los presentes artículos, sino también para adaptarlas a las características y usos particulares de ese curso de agua, o de una parte de él.

5) El párrafo 2 del artículo 3 aclara la naturaleza y el contenido de los "acuerdos de curso de agua", en el sentido en que se utiliza esta expresión en los presentes artículos, así como las condiciones en que pueden celebrarse tales acuerdos. La primera oración del párrafo, al establecer que todo acuerdo de esta índole "definirá las aguas a las que se aplique", hace hincapié en la libertad incontestable de los Estados del curso de agua para determinar el alcance de los acuerdos que celebren. Reconoce que los Estados del curso de agua pueden circunscribir su acuerdo a la corriente principal de un río que forma o atraviesa una frontera internacional, incluir en él las aguas de toda una cuenca hidrográfica o adoptar un criterio intermedio. El requisito de una definición también cumple la finalidad práctica de proporcionar a los demás Estados potencialmente interesados información sobre el contenido exacto del acuerdo. El comienzo de este párrafo subraya que no hay obligación de celebrar tales acuerdos expresos.

6) La segunda oración del párrafo 2 se refiere al contenido de los acuerdos de sistema o de curso de agua. Su enunciado es permisivo y da a los Estados del curso de agua un amplio margen de libertad, aunque se incluye una reserva para

---

[81] Véanse, a este respecto, las conclusiones contenidas en el comentario (párrs. 2 y 4) al artículo 3 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 32º período de sesiones (Anuario ... 1980, vol. II (segunda parte), pág. 109), en el informe de la Comisión sobre su 36º período de sesiones (Anuario ... 1984, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 285), y en el informe sobre su 38º período de sesiones (Anuario ... 1986, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 242).

[82] Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. XXXVI, pág. 75; véase el artículo 4 de la Convención.

[83] Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 875, pág. 3. Véase asimismo Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 317, documento A/CN.4/274, párr. 60. Estados partes: Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

salvaguarda de los derechos de los Estados del curso de agua que no sean partes en el acuerdo. El texto empieza diciendo que dicho acuerdo "podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional". En realidad, en opinión de los especialistas en la materia, la forma más eficaz y provechosa de regular las cuestiones relacionadas con un curso de agua consiste en tratarlo en totalidad e incluir todos los Estados del curso de agua como partes en el acuerdo. Ejemplos de tratados que han adoptado este planteamiento son los relativos a las cuencas del Amazonas, el Plata, el Níger y el Chad[84]. Además, algunos problemas relacionados con la contaminación de un curso de agua requieren medidas de cooperación en todo el curso de agua. Como ejemplo de un instrumento que responde a la necesidad de aplicar un régimen uniforme a tales problemas se puede citar la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química (Bonn, 1976)[85].

7) No obstante, los Estados del sistema deben tener libertad para celebrar acuerdos "respecto de cualquiera de [las] partes" de un curso de agua internacional o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que no se menoscabe de manera sensible el uso de las aguas del sistema del curso de agua internacional por otro Estado u otros Estados del sistema.

8) De las 200 grandes cuencas fluviales internacionales, 52 son cuencas compartidas por varios Estados y entre ellas se cuentan muchas de las más importantes del mundo: el Amazonas, el Chad, el Congo, el Danubio, el Elba, el Ganges, el Mekong, el Níger, el Nilo, el Rin, el Volta y el Zambeze[86]. En los sistemas compartidos por varios Estados, éstos han recurrido frecuentemente a acuerdos que reglamentan sólo una parte del curso de agua y están en vigor sólo entre algunos de los Estados ribereños.

9) Del Repertorio sistemático por cuenca de convenios, declaraciones, textos legislativos y jurisprudencia relativos a los recursos hídricos internacionales, publicado por la FAO[87], se desprende que gran número de tratados en vigor respecto de cursos de agua versan sólo sobre una parte del sistema del curso de agua.

10) A menudo hay necesidad de acuerdos sobre subsistemas y acuerdos relativos a zonas determinadas. Las diferencias entre los subsistemas de algunos cursos de agua internacionales, como el Indo, el Plata y el Níger, son tan marcadas como las que existen entre distintas cuencas hidrográficas. Es probable que sea más fácil lograr acuerdos sobre subsistemas que acuerdos sobre la totalidad de un curso de agua internacional, especialmente si intervienen muchos Estados. Además, siempre habrá problemas cuya solución no interese más que a algunos de los Estados cuyos territorios bordea o atraviesa un curso de agua internacional.

11) No parece que haya ninguna razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del acuerdo marco o acuerdo básico los acuerdos sobre subsistemas o los acuerdos localizados. Una de las finalidades principales de los presentes artículos es facilitar la negociación de acuerdos sobre los cursos de agua internacionales y esa finalidad es común a todos los acuerdos, ya versen sobre

---

[84] Véase un análisis de estos acuerdos en el primer informe del segundo Relator Especial Sr. Schwebel, Anuario ... 1979, vol. II (primera parte), págs. 170 y 171, documento A/CN.4/320, párrs. 93 a 98.

[85] Ibíd., págs. 171 y 172, párr. 100.

[86] Ibíd., pág. 174, párr. 108 (cuadro).

[87] FAO, Estudio Legislativo No. 15, (Roma, 1978).

toda una cuenca o sean localizados, ya tengan un carácter general o se refieran a un problema particular. Es de esperar que el acuerdo marco proporcione a los Estados del curso de agua una sólida base común para la negociación, que es lo que realmente hace falta en la actualidad en las negociaciones sobre cursos de agua. No parece que haya ninguna ventaja en limitar la aplicación de los presentes artículos a los acuerdos que abarquen la totalidad de un curso de agua internacional.

12) Al propio tiempo, el acuerdo de curso de agua, si sólo se refiere a una de sus partes o a un proyecto, programa o uso particular del curso de agua, debe estar sujeto a la salvedad de que el uso de las aguas de ese curso de agua que hagan uno o varios Estados del curso de agua que no sean partes en dicho acuerdo no resulte perjudicado de manera sensible por el acuerdo. De no ser así, algunos Estados de un curso de agua internacional que interese a varios Estados podrían acaparar una proporción excesiva de las ventajas del acuerdo en provecho propio o menoscabar injustificadamente el uso de sus aguas por los Estados del curso de agua que no fueran partes en ese acuerdo. Dichos resultados serían contrarios a los principios fundamentales que, como se mostrará, rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, tales como el derecho de todos los Estados de un curso de agua internacional a utilizarlo de manera razonable y equitativa y la obligación de no utilizar un curso de agua de manera lesiva para otros Estados del curso de agua[88].

13) Ahora bien, para ser objeto de esa reserva, el perjuicio causado por un acuerdo de curso de agua a los Estados del curso de agua que no sean partes en el acuerdo debe ser "sensible"; si éstos no resultan perjudicados "de manera sensible", los otros Estados del curso de agua pueden celebrar libremente ese acuerdo de curso de agua de carácter restringido. En vista de la doble connotación de la palabra inglesa "appreciable" (apreciable, sensible), que tiene los dos matices de "capable of being measured" (susceptible de medición) y "significant" (sensible), se decidió utilizar este último término en todo el texto.

14) Mediante la frase adverbial "de manera sensible" se quiere dar a entender que los efectos perjudiciales deben poder determinarse mediante pruebas objetivas (siempre que puedan obtenerse éstas). Debe darse, además, un verdadero menoscabo del uso. Se pretende excluir con ello situaciones como, por ejemplo, la planteada en el asunto del Lago Lanós (véanse los párrafos 19 y 20), en el que España insistía en que la restitución de las aguas del lago Lanós se efectuara a través del sistema original. El tribunal de arbitraje concluyó en ese asunto que

> "... gracias a la restitución efectuada según el mecanismo antes descrito, ningún usuario garantizado resultará lesionado en su disfrute ...; el

---

[88] La segunda frase del párrafo 2 se basa en el supuesto, bien fundado tanto en la lógica como en la práctica de los Estados, de que menos de la totalidad de los Estados de un curso de agua celebrarían un acuerdo que pretendiera aplicarse a la totalidad de un curso de agua internacional. Sin embargo, si llegara a concertarse tal acuerdo, su aplicación tendría que ser compatible con el párrafo 2 del artículo 3 por las razones indicadas en el párrafo 12 del comentario.

> volumen al nivel de estiaje de las aguas disponibles del Carol, al cruzar la frontera, no sufrirá, en ningún momento, una disminución ..."[89]

Seguidamente el tribunal señaló que España podría haber alegado que las obras de desviación proyectadas

> "... darían lugar a una contaminación definitiva de las aguas del Carol o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o cualquier otra característica, que podría lesionar los intereses españoles ... Ni el expediente ni los debates en este asunto contienen el menor indicio de tal alegación."[90]

Al no haber alegado España que se hubieran lesionado sus intereses de alguna forma tangible, el tribunal consideró que España no podía exigir el mantenimiento del orden natural de las aportaciones de las aguas. Conviene señalar que el proyecto de Francia, en que se basó el tribunal, sólo se había adoptado tras una larga serie de negociaciones iniciadas en 1917 que dieron lugar, en particular, a la creación en 1949 de una comisión mixta de ingenieros y después a la presentación de un proyecto en francés en 1950 (sustituido después por el proyecto sobre el que se pronunció el tribunal) que habría afectado de manera sensible el uso y disfrute de las aguas por España[91].

15) Por otra parte, el término "sensible" no se emplea en el sentido de "considerable". Lo que hay que evitar son los acuerdos localizados, o los acuerdos relativos a un proyecto, programa o uso particular que perjudiquen a terceros Estados del curso de agua; aunque tales efectos perjudiciales deben poder determinarse mediante elementos objetivos y no ser insignificantes, no es preciso que lleguen a ser considerables.

16) El párrafo 3 del artículo 3 se refiere al supuesto en que uno o varios Estados del curso de agua consideran que las características y usos de un curso de agua internacional requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos a ese curso de agua. Dicho párrafo dispone que, en tal caso, los demás Estados del curso de agua celebren consultas con el Estado o los Estados de que se trate con el propósito de negociar, de buena fe, uno o varios acuerdos relativos al curso de agua.

17) Por otra parte, los Estados del curso de agua no están obligados a celebrar un acuerdo antes de utilizar las aguas del curso de agua internacional. Exigir la celebración de un acuerdo como condición previa del uso equivaldría a conceder a los Estados del curso de agua el derecho de veto respecto del uso por los demás Estados del curso de agua, de las aguas del curso de agua internacional, para lo cual bastaría simplemente con negarse a llegar a un acuerdo. Ni el espíritu ni la letra del artículo 3 apuntan a tal resultado,

---

[89] International Law Reports, 1957, vol. 24 (1961), párr. 6 (primer apartado) del laudo. El texto del laudo, en su original francés, figura en Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII (número de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.; en el Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068, figura una traducción parcial de este laudo.

[90] International Law Reports, 1957, ibíd., párr. 6 (tercer apartado) del laudo.

[91] Ibíd. pág. 292. Véase un análisis de este laudo en el segundo informe del anterior Relator Especial Anuario ... 1986, vol. II (primera parte), págs. 91 y ss., documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 111 a 124.

que tampoco halla justificación en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional (de hecho, el laudo dictado en el asunto del lago Lanós lo excluye).

18) Aun con estas salvedades, la Comisión opina que las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, en especial el párrafo 12, implican la necesidad de la obligación enunciada en el párrafo 3 del artículo 3. Por otra parte, la existencia de un principio de derecho que exige que los Estados resuelvan mediante consultas las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce ha sido confirmada explícitamente por el laudo dictado en el asunto del lago Lanós.

19) Este asunto se refería al proyecto del Gobierno francés de ejecutar ciertas obras de aprovechamiento de las aguas del lago Lanós, aguas que alimentaban el río Carol y afluían al territorio de España. En varias ocasiones, de 1917 a 1956, el Gobierno de España y el de Francia celebraron consultas y negociaciones sobre la propuesta desviación de las aguas del lago Lanós. Finalmente, Francia optó por un proyecto de desviación que entrañaba la plena restitución de las aguas desviadas antes de la frontera española. No obstante, España temía que las obras propuestas lesionaran los derechos e intereses españoles, en contra de lo estipulado en el Tratado de límites firmado en Bayona el 26 de mayo de 1866 y el Acta adicional de la misma fecha entre España y Francia. España alegó que, conforme a ese Tratado y al Acta adicional, no podían emprenderse tales obras sin acuerdo previo entre España y Francia. España solicitó del tribunal de arbitraje que declarara que Francia infringiría las disposiciones del Tratado de Bayona y del Acta adicional si ejecutaba el proyecto de desviación sin el acuerdo de España, mientras que Francia sostuvo que podía actuar legítimamente con prescindencia de tal acuerdo.

20) Es importante señalar que esa obligación de los Estados de negociar la distribución de las aguas de un curso de agua internacional no fue puesta en tela de juicio y que fue reconocida por Francia, no sólo en virtud de las cláusulas del Tratado de Bayona y del Acta adicional, sino también por razones de principio firmemente establecidas. Además, aunque el tribunal de arbitraje basó algunas de sus conclusiones relativas a la obligación de negociar en las cláusulas del Tratado y del Acta adicional, no se limitó en modo alguno la interpretación de esas cláusulas. Al resolver en contra de la pretensión española de que el consentimiento de España era una condición previa a la actuación de Francia, el tribunal se refirió a la obligación de negociar de la manera siguiente:

> "En efecto, para apreciar en su esencia la necesidad de un acuerdo previo, es preciso situarse en la hipótesis de que los Estados interesados no puedan llegar a un acuerdo. En ese caso, hay que admitir que el Estado que normalmente ejercería la soberanía ha perdido el derecho de actuar por sí solo, debido a la imposición incondicional y arbitraria de otro Estado. Esto equivaldría a admitir un "derecho de asentimiento", un "derecho de veto", que paralizaría a discreción de un Estado el ejercicio de la soberanía territorial de otro Estado.
>
> De ahí que en la práctica internacional se recurra preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la concertación de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas. Por ello se ha hablado, a menudo sin propiedad, de la "obligación de negociar un acuerdo". En realidad, los compromisos así aceptados por los Estados adoptan formas muy diversas y tienen un alcance variable, según la manera

en que hayan sido definidos y los procedimientos para su puesta en práctica; de todas formas, la realidad de las obligaciones así aceptadas es inatacable, y puede ser sancionada en caso de, por ejemplo, ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales, inobservancia de los procedimientos previstos, negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte y, más generalmente, en caso de infracción de las reglas de la buena fe[92].

...

En realidad, hoy día los Estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales, y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la celebración de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los Estados deben tratar de concertar tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de celebrar acuerdos ..."[93]

21) Por esas razones, el párrafo 3 del artículo 3 exige que los Estados del curso de agua celebren consultas, a petición de uno o de varios de ellos, con el propósito de negociar de buena fe uno o varios acuerdos que apliquen o adopten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos del curso de agua internacional de que se trate.

Artículo 4

Partes en acuerdos de curso de agua

1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.

2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado de manera sensible por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá

---

[92] International Law Reports, 1957 ..., pág. 128, párr. 11 (apartados segundo y tercero) del laudo.

[93] Ibíd., págs. 129 y 130, párr. 13 (primer apartado) del laudo. La Corte Internacional de Justicia también trató la cuestión de la obligación de negociar en los asuntos relativos a pesquerías y a la delimitación marítima. Véanse, por ejemplo, los asuntos relativos a la Competencia en materia de pesquerías, C.I.J., Recueil 1974, págs. 3 y 175; los asuntos relativos a la Plataforma continental del mar del Norte, C.I.J., Recueil 1969, pág. 3; el asunto relativo a la Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia), C.I.J., Recueil 1982, págs. 18, 59, párr. 70, y 60, párr. 71. Véase también el asunto relativo a la Delimitación de la frontera marítima en el golfo de la zona de Maine (Canadá/Estados Unidos de América), C.I.J., Recueil 1984, págs. 339 y 340, párr. 230.

derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.

Comentario

1) El artículo 4 tiene por objeto determinar los Estados del curso de agua que tienen derecho a participar en las consultas y negociaciones relativas a los acuerdos concernientes a la totalidad de un curso de agua internacional o a una parte de él, y a llegar a ser partes en tales acuerdos.

2) El párrafo 1 se explica por sí solo. Por lo que respecta a un acuerdo que se refiera a la totalidad del curso de agua internacional no hay razón para excluir ningún Estado del curso de agua de la participación en la negociación de ese acuerdo ni para impedir que llegue a ser parte en él o que participe en las consultas correspondientes. Es cierto que puede haber acuerdos relativos a toda la cuenca que presenten poco interés para uno o varios Estados del curso de agua. Sin embargo, como las disposiciones de los acuerdos a que se refiere el párrafo 1 están destinadas a aplicarse a todo el curso de agua, el objeto de esos acuerdos se frustraría si no se diera a todos los Estados del curso de agua oportunidad de participar.

3) El párrafo 2 se refiere a los acuerdos correspondientes a sólo una parte del curso de agua. Dispone que el Estado del curso de agua cuyo uso de las aguas pueda resultar afectado de manera sensible por la ejecución de un acuerdo que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas y negociaciones sobre tal acuerdo futuro, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar además a ser parte en él. El fundamento de esta disposición es que si la aplicación de las disposiciones de un tratado relativo a una parte o a aspectos de un curso de agua puede afectar de manera sensible el uso de las aguas por un Estado, el ámbito de aplicación del acuerdo se extiende necesariamente al territorio de ese Estado.

4) Como las aguas de un curso de agua están en constante movimiento, cualquier medida adoptada conforme a un acuerdo con respecto al agua en un territorio determinado puede tener consecuencias fuera de ese territorio. Por ejemplo, los Estados A y B, cuya frontera común es el Estigio, convienen en que cada uno de ellos podrá desviar un 40% de la corriente del río para el consumo doméstico, la industria y el riego en un punto situado a unos 40 km aguas arriba del Estado C, que el Estigio atraviesa después de salir del territorio de los Estados A y B. Como consecuencia de esa desviación, la cantidad total de agua del río de que dispondrá el Estado C, incluidas las aguas restituidas en los Estados A y B, se reduce en un 25% con respecto a la que hubiera tenido de no efectuarse la desviación.

5) No se trata de saber si los Estados A y B están jurídicamente facultados para concertar tal acuerdo, sino de determinar si un proyecto de artículos que ha de establecer principios generales de orientación a los Estados para la celebración de acuerdos sobre la utilización del agua dulce debe dar al Estado C la posibilidad de participar, como parte eventual, en las consultas y negociaciones acerca de las medidas que se proponen adoptar los Estados A y B para reducir considerablemente la cantidad de agua que fluye a través del territorio del Estado C.

6) Este derecho no se enuncia como un derecho absoluto. Debe parecer que se producirá un efecto sensible sobre el uso de las aguas por un Estado para que

ese Estado tenga derecho a participar en consultas y negociaciones sobre el acuerdo y a llegar a ser parte en él. Si un Estado del curso de agua no ha de resultar afectado por un acuerdo relativo a una parte o un aspecto del curso de agua, la unidad física del curso de agua no requiere de por sí que se reconozcan al Estado esos derechos. La participación de uno o varios Estados del curso de agua cuyos intereses no estuvieran directamente en juego en las cuestiones objeto de negociación equivaldría a introducir en el proceso de consultas y negociación intereses ajenos.

7) El sentido de la palabra "sensible" se explica en los párrafos 14 y 15 del comentario al artículo 3. Como allí se dice, no se emplea en el sentido de "considerable". Someter el derecho de un Estado a participar en las consultas y negociaciones a la condición de que el uso por ese Estado resulte afectado considerablemente impondría al tercer Estado una carga excesiva. Hasta qué punto exactamente las medidas proyectadas pueden afectar el uso de las aguas será probablemente muy difícil de determinar al comienzo de las negociaciones. El laudo dictado en el asunto del lago Lanós ilustra la medida en que los proyectos pueden modificarse como consecuencia de las negociaciones y en que tal modificación puede favorecer o perjudicar a un tercer Estado. Sólo debe exigirse de éste que pruebe que su uso puede resultar afectado de manera sensible.

8) El derecho de un Estado del curso de agua a participar en las consultas y negociaciones sobre un acuerdo de curso de agua de carácter restringido está sujeto a otra salvedad. El Estado tiene ese derecho sólo "en la medida en que su uso resulte afectado", es decir, en la medida en que la aplicación del acuerdo afecte a su uso del curso de agua. Por las razones aducidas en el párrafo 6 del presente comentario, el Estado del curso de agua no tiene derecho a participar en consultas o negociaciones relativas a elementos del acuerdo cuya aplicación no afecte el uso de las aguas por ese Estado. El derecho del Estado del curso de agua a llegar a ser parte en el acuerdo no está sujeto a la misma salvedad a causa del problema técnico que plantea el que un Estado llegue a ser parte en sólo algunas de las disposiciones de un acuerdo. El modo más apropiado de resolver esta cuestión es con arreglo a las circunstancias de cada caso: en algunos casos, el Estado interesado podrá llegar a ser parte en los elementos del acuerdo que lo afecten por medio de un protocolo; en otros casos, quizás sea conveniente que llegue a ser parte, sin ninguna reserva, en el propio acuerdo. La solución más idónea en cada caso dependerá totalmente de la naturaleza del acuerdo, de los elementos de éste que afecten el Estado de que se trate y del carácter de esos efectos.

9) Sin embargo, el párrafo 2 no debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un acuerdo relativo a la totalidad de un curso de agua o a una parte o un aspecto de éste, las condiciones concernientes a algunos de los aspectos del uso del curso de agua, o a todos ellos, no deban adoptarse mediante procedimientos en los que participen todos los Estados del curso de agua. Respecto de la mayoría de los cursos de agua, si no de todos, el establecimiento de procedimientos de coordinación de las actividades en todo el sistema resulta sumamente conveniente, y tal vez necesario, y esos procedimientos pueden incluir muy bien el requisito de la plena participación de todos los Estados del curso de agua en las decisiones que sólo se refieren a una parte de él. Ahora bien, tales procedimientos deben adoptarse para cada curso de agua por los Estados del curso de agua respectivo con arreglo a las necesidades y condiciones propias del curso de agua. El párrafo 2 se limita a disponer que, como cuestión de principio general, todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en las consultas y negociaciones concernientes a un acuerdo restringido que pueda afectar los intereses de ese Estado respecto del curso de agua y a llegar a ser parte en tal acuerdo.

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5

Utilización y participación equitativas y razonables

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

Comentario

1) El artículo 5 enuncia los derechos y obligaciones fundamentales de los Estados en materia de utilización de cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Uno de los más elementales de esos derechos y obligaciones es el que constituye el objeto de la norma, firmemente arraigada, de la utilización equitativa, que se enuncia detalladamente en el párrafo 1. El principio de la participación equitativa, que sirve de complemento a la regla de utilización equitativa, se enuncia en el párrafo 2.

2) El párrafo 1 establece la regla básica de la utilización equitativa. Aunque expresada en forma de obligación, dicha regla enuncia asimismo el derecho correspondiente, a saber, que el Estado del curso de agua tiene derecho, en su territorio, a una participación razonable y equitativa en el uso y disfrute de un curso de agua internacional. De esta manera, todo Estado del curso de agua tiene a la vez el derecho de utilizar el curso de agua internacional de manera equitativa y razonable y la obligación de no sobrepasar los límites de su derecho de utilización equitativa o, para decirlo de otro modo, de no privar a otros Estados del curso de agua de su derecho de utilización equitativa.

3) La segunda frase del párrafo 1 desarrolla el concepto de utilización equitativa al disponer que los Estados del curso de agua, si deciden utilizar y aprovechar el curso de agua internacional, deberán hacerlo con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua. El uso de la expresión "con el propósito de" pone de manifiesto que el logro de una utilización óptima y un disfrute máximo es el objetivo a que deben apuntar los Estados del curso de agua al utilizar un curso de agua internacional. Lograr una utilización óptima y un disfrute máximo no significa conseguir el uso "máximo", el uso tecnológicamente más eficiente ni el uso pecuniariamente más lucrativo, y menos aún ventajas a corto plazo a costa de pérdidas a largo plazo. Tampoco quiere decir que el Estado capaz de hacer el uso más eficiente de un curso de agua (económicamente, evitando el derroche, o en cualquier otro sentido) tenga mayor derecho al uso de ese curso de agua. Más bien significa lograr el disfrute máximo posible para todos los Estados del curso de agua y la máxima satisfacción posible de todas sus necesidades, con el mínimo detrimento, o el mínimo de necesidades insatisfechas, para cada uno de

ellos. También cabe señalar que, según el principio de sostenibilidad, "el aprovechamiento y la ordenación de los recursos hídricos deberían planificarse de manera integrada, teniendo presentes las necesidades de planificación a largo plazo así como las de plazo más corto". Ese aprovechamiento y esa ordenación "deberían tener en cuenta consideraciones ambientales, económicas y sociales ...; incluir las necesidades de todos los usuarios así como también las relacionadas con la prevención y atenuación de los riesgos relacionados con el agua; y ser parte integrante del proceso de planificación del desarrollo socioeconómico"[94].

4) Este objetivo, sin embargo, no tiene que ser perseguido ciegamente. Las palabras finales de la segunda frase ponen de relieve que los esfuerzos por lograr una utilización óptima y un disfrute máximo deben ser "compatibles con la protección adecuada" del curso de agua internacional. Con la expresión "protección adecuada" se pretende abarcar, no sólo las medidas relativas a la conservación, la seguridad y las enfermedades de origen hídrico, sino también las medidas de "control", en el sentido técnico, hidrográfico, del término, como las adoptadas para regular la corriente, luchar contra las inundaciones, la contaminación y la erosión, aliviar la sequía y luchar contra la intrusión de agua salada. Como cualquiera de esas medidas o trabajos puede limitar hasta cierto punto los usos que de otro modo podrían hacerse de las aguas por uno o varios de los Estados del curso de agua, la segunda frase habla de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo "compatibles con" la protección adecuada. Conviene añadir que, aunque principalmente se refiere a las medidas adoptadas por cada Estado, la expresión "protección adecuada" no excluye las medidas concertadas ni los trabajos o actividades realizados en común por los Estados.

5) El párrafo 2 enuncia el concepto de participación equitativa. La sustancia de ese concepto es la cooperación entre Estados del curso de agua merced a la participación, de manera equitativa y razonable, en medidas, trabajos y actividades dirigidos a lograr una utilización óptima del curso de agua internacional compatible con una protección adecuada del mismo. Así, el principio de participación equitativa deriva de la regla de utilización equitativa contenida en el párrafo 1 y está estrechamente ligado a ella. Reconoce, conforme a las conclusiones a que han llegado los especialistas en esta materia, que es necesario que los Estados del curso de agua adopten medidas de cooperación a fin de lograr un disfrute máximo para cada uno de ellos y contribuir al mismo tiempo a mantener un reparto equitativo de los usos y proporcionar una protección adecuada a los Estados del curso de agua y al propio curso de agua internacional. En resumen, el logro de una utilización óptima y un disfrute máximo supone la cooperación entre los Estados del curso de agua mediante su participación en la protección y el aprovechamiento del curso de agua internacional. De esta manera, los Estados del curso de agua tienen derecho a la cooperación de los demás Estados del curso de agua con respecto a cuestiones como las medidas de lucha contra las inundaciones, los programas de reducción de la contaminación, la planificación de medidas para combatir la sequía, la lucha contra la erosión, la lucha antivectorial, la regulación de los ríos (capacitación), la protección de las obras hidráulicas y la protección del medio ambiente, de conformidad con las circunstancias de cada caso. Por

---

[94] Véase el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I)), Programa 21, capítulo 18, "Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce", párr. 18.16, pág. 268.

supuesto, para lograr la máxima eficacia convendría establecer los detalles de esas actividades de cooperación en uno o varios acuerdos de curso de agua. Pero la obligación y el derecho correspondiente enunciados en el párrafo 2 no dependen para su aplicación de un acuerdo concreto.

6) La segunda frase del párrafo 2 subraya el carácter positivo de la participación equitativa al disponer que incluye tanto "el derecho de utilizar el curso de agua" como la obligación de cooperar activamente con los demás Estados del curso de agua "en su protección y aprovechamiento". Esta obligación de cooperar está relacionada con el artículo 8, relativo a la obligación general de cooperar con respecto a la utilización, el aprovechamiento y la protección de los cursos de agua internacionales[95]. Aunque no se dice así expresamente en el párrafo 2, el derecho de utilizar un curso de agua internacional mencionado en la segunda frase lleva aparejado un derecho implícito a la cooperación de los demás Estados del curso de agua para mantener un reparto equitativo del uso y disfrute del curso de agua. Este último derecho se desarrolla con más detalle en el artículo 8 sobre la cooperación.

7) A la luz de las precedentes explicaciones sobre las disposiciones del artículo 5, en los párrafos siguientes se hará un breve análisis del concepto de utilización equitativa y un resumen de ejemplos representativos en apoyo de esta doctrina.

8) No cabe duda de que el Estado de un curso de agua tiene derecho a utilizar las aguas de un curso de agua internacional en su propio territorio. Este derecho es un atributo de la soberanía, y goza de él cada uno de los Estados cuyo territorio atraviesa o bordea un curso de agua internacional. En realidad, el principio de la igualdad soberana de los Estados implica que todos los Estados del curso de agua gocen de derechos respecto de la utilización del curso de agua que son cualitativamente equivalentes y correlativos a los de los demás Estados del curso de agua[96]. Ahora bien este principio fundamental de la "igualdad de derechos" no significa que cada Estado del curso de agua tenga derecho a igual participación en el uso y disfrute del curso de agua. Tampoco quiere decir que las aguas mismas se dividan en partes alícuotas. En vez de eso, cada Estado del curso de agua tiene derecho a un uso y disfrute equitativo del curso de agua. Los límites del derecho de utilización equitativa del Estado dependen de las circunstancias de cada caso particular y, concretamente, de la ponderación de todos los factores pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.

9) En muchos casos, la calidad y cantidad de agua de un curso de agua internacional será suficiente para satisfacer las necesidades de todos los Estados del curso de agua. Mas en los casos en que la cantidad o la calidad del agua no permita que todos los Estados del curso de agua obtengan todo el provecho que razonablemente cabía esperar de su explotación, se produce lo que se denomina un "conflicto de usos". En tal caso, la práctica internacional

---

[95] Véase Anuario ... 1988, vol. II (segunda parte), párrs. 95 a 99; véase también el tercer informe del Relator Especial, Anuario ... 1987, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párr. 59.

[96] Véase por ejemplo, el apartado a) del comentario al artículo IV de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales (denominadas en lo sucesivo "Normas de Helsinki"), aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en su 52ª Conferencia, celebrada en Helsinki en 1966 (ADI, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, (Londres, 1967), págs. 486 y 487).

reconoce la necesidad de algunos ajustes o adaptaciones para salvaguardar la igualdad de derechos de cada Estado del curso de agua. Estos ajustes o adaptaciones tienen que efectuarse sobre la base de la equidad[97], y la mejor manera de lograrlo es mediante acuerdos de curso de agua específicos.

10) Como se desprende del análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho, en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en particular, las disposiciones de los tratados, la posición adoptada por los Estados en litigios concretos, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, las formulaciones del derecho preparadas por organismos intergubernamentales y no gubernamentales, las opiniones de prestigiosos tratadistas y las decisiones de los tribunales nacionales en casos similares), la doctrina de la utilización equitativa como principio general del derecho que sirve de orientación para la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados en este campo ha obtenido un apoyo abrumador[98].

11) Los principios básicos en que se funda la doctrina de la utilización equitativa figuran, expresa o tácitamente, en numerosos acuerdos internacionales entre Estados situados en todas las regiones del mundo[99]. Si bien los términos y los planteamientos de esos acuerdos son muy diversos[100], todos tienen como característica común el reconocimiento de los derechos de las partes al uso y disfrute del curso o cursos de agua internacionales de que se trata, que son iguales en principio y correlativos en su aplicación. Esto se aplica a las

---

[97] Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones celebrado en Salzburgo, en septiembre de 1961, sobre la utilización de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación):

"Artículo 3

Si los Estados están en desacuerdo sobre el alcance de sus derechos de utilización, la diferencia se resolverá sobre la base de la equidad teniendo en cuenta especialmente sus necesidades respectivas, así como las demás circunstancias propias del caso."

(Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, Basilea, 1962, vol. 49, tomo II, pág. 382; véase también Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 214 y 215, documento A/5409, párr. 1076).

[98] Véanse, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia analizadas en el segundo informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1986, vol. II (primera parte), págs. 91 y ss., documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 75 a 168.

[99] Véanse, por ejemplo, los acuerdos analizados en el tercer informe del segundo Relator Especial encargado de este tema, Anuario ... 1982, vol. II (primera parte) (y corrección), págs. 93 a 100, documento A/CN.4/348, párrs. 49 a 72; la doctrina y la jurisprudencia examinadas en el segundo informe del anterior Relator Especial (véase la nota 98); y los acuerdos enumerados en los anexos I y II del capítulo II de este último informe del Relator Especial.

[100] Véanse los ejemplos mencionados en el segundo informe del anterior Relator Especial, (véase la nota 98).

disposiciones de los tratados relativos tanto a los cursos de agua contiguos[101], como a los cursos de agua sucesivos[102].

12) Varios acuerdos modernos, en vez de enunciar un principio general de orientación o de especificar los derechos respectivos de las partes, van más allá del principio de utilización equitativa al establecer una gestión integrada de la cuenca fluvial[103]. Dichos instrumentos dan forma concreta a la

---

[101] La expresión "curso de agua contiguo" se utiliza aquí para designar a un río, lago u otro curso de agua que discurre o está situado entre los territorios de dos o más Estados y es, por ende, "contiguo" a ellos. Esos cursos de agua se denominan a veces aguas "fronterizas" o "limítrofes". El segundo informe del anterior Relator Especial contiene una lista de ejemplos, por regiones, de disposiciones de tratados relativos a cursos de agua contiguos que reconocen la igualdad de derechos de los Estados ribereños en lo que concierne a la utilización de las aguas de que se trata (ibíd., cap. II, anexo I).

[102] La expresión "curso de agua sucesivo" se utiliza aquí para designar al curso de agua que fluye ("sucesivamente") de un Estado a otro Estado u otros Estados. Lipper señala que "los numerosos tratados relativos a los ríos sucesivos tienen todos un elemento común: el reconocimiento de los derechos compartidos de los Estados signatarios a utilizar las aguas de un río internacional" (Lipper, "Equitable Utilization"), en The Law of International Drainage Basins, A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead, eds., (Dobbs Ferry, N.Y.), Oceana Publications, 1967, pág. 33). El segundo informe del anterior Relator Especial contiene una lista de ejemplos de disposiciones de tratados sobre cursos de agua sucesivos que regulan la partición de las aguas, restringen la libertad de acción del Estado del curso superior, disponen el reparto del producto de la utilización de las aguas o su división equitativa de alguna otra forma, o reconocen los derechos correlativos de los Estados de que se trata (véase la nota 98).

[103] Véanse, en especial, los acuerdos recientes relativos a las cuencas fluviales africanas, en particular: el Acuerdo por el que se crea la Organización para la Gestión y el Aprovechamiento de la Cuenca del Kagera, de 24 de agosto de 1977 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1089, pág. 165); la Convención relativa al estatuto del Senegal y la Convención por la que se crea la Organización para el Aprovechamiento del Senegal, firmadas ambas en Nuakchot, el 11 de marzo de 1972 (Naciones Unidas, Treaty Concerning the Utilization of International Watercourses for other purposes than Navigation: Africa, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13 (número de venta: E/F.84/II.A.7), págs. 16 y 21, respectivamente, y que son analizadas en el tercer informe del anterior Relator Especial (véase la nota 95, párrs. 21 y ss.); el Acta relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger, de 26 de octubre de 1963 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 587, pág. 9) y el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre navegación y transporte por el Níger, de 25 de noviembre de 1964 (ibíd., pág. 19); la Convención sobre el desarrollo integrado de la cuenca del Gambia, celebrada en 1965 entre Gambia y el Senegal (Cahiers de l'Afrique équatoriale, París, 6 de marzo de 1965), así como los acuerdos de 1968 y 1973 relativos a la cuenca del Gambia; y la Convención y Estatuto relativo al aprovechamiento de la cuenca del Chad, de 22 de mayo de 1964 (Journal officiel de la République fédérale du Cameroun, Yaundé, vol. 4, No. 18, 15 de septiembre de 1964, pág. 1.003).

Véase asimismo el Tratado de la Cuenca del Plata, de 23 de abril de 1969 (véase la nota 22).

determinación de lograr la utilización óptima y un disfrute máximo por medio de organizaciones competentes en relación con la totalidad del curso de agua internacional.

13) El análisis de cómo los Estados han resuelto las controversias efectivamente planteadas en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pone de manifiesto una aceptación general del derecho de cada Estado del curso de agua internacional a utilizar y aprovechar de manera equitativa y razonable el curso de agua internacional[104]. Si bien algunos Estados han afirmado a veces la doctrina de la soberanía absoluta, esos mismos Estados han resuelto generalmente las controversias en relación con las que se hicieron tales reivindicaciones mediante la celebración de acuerdos por los que en realidad se distribuía el agua o se reconocían los derechos de los demás Estados del curso de agua[105].

14) Varios organismos intergubernamentales y no gubernamentales han aprobado declaraciones, declaraciones de principios y recomendaciones sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Esos instrumentos apoyan también las normas enunciadas en el artículo 5. Aquí sólo se mencionarán algunos ejemplos representativos[106].

15) Un temprano ejemplo de instrumento de esta naturaleza es la Declaración de Montevideo sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, aprobada por la séptima Conferencia Internacional Americana en su quinta sesión plenaria, el 24 de diciembre de 1933[107], que incluye, entre otras, las siguientes disposiciones:

"...

---

[104] Véase, en general, el análisis contenido en el segundo informe del anterior Relator Especial (véase la nota 98, párrs. 78 a 89).

[105] Un conocido ejemplo es el de la controversia entre los Estados Unidos y México sobre las aguas del Río Grande. Este litigio dio lugar a la "doctrina Harmon" de la soberanía absoluta, pero finalmente fue resuelto por la Convención entre los Estados Unidos y México relativa a la equitativa distribución de las aguas del Río Grande para fines de irrigación, de 1906. Véase el análisis de este litigio y su solución en el segundo informe del anterior Relator Especial (ibíd., párrs. 79 a 87). En dicho informe el Relator Especial concluye que "la "doctrina Harmon" no se aplica en realidad, y probablemente nunca lo haya sido, en el Estado que la enunció [es decir, los Estados Unidos]" (ibíd., párr. 87).

Véanse asimismo los ejemplos de la práctica de otros Estados analizados en el mismo informe (ibíd., párrs. 88 a 91).

[106] Véase, en general, la recopilación de esos instrumentos que figura en el informe del Secretario General sobre "Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales" y en el informe suplementario (Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 37, documento A/5409, y pág. 286, documento A/CN.4/274). Véanse asimismo los ejemplos representativos de esos instrumentos analizados en el segundo informe del anterior Relator Especial (véase la nota 98, párrs. 134 a 155).

[107] Conferencias Internacionales Americanas (1933-1940), Washington, D.C., Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1940, pág. 543. Véanse las reservas de Venezuela y México y la declaración de los Estados Unidos de América, ibíd., págs. 559 y 560. Todos esos textos se reproducen en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 225, documento A/5409, anexo I.A.

2. Los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los ríos internacionales. Ese derecho, sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción.

...

4. Se aplicarán a los ríos sucesivos los mismos principios establecidos por los artículos 2 y 3, que se refieren a los ríos contiguos."

16) Otro instrumento latinoamericano, el Acta de Asunción sobre el aprovechamiento de los ríos internacionales aprobada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la Cuenca del Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay) en su cuarta reunión, celebrada del 1º al 3 de junio de 1971[108], contiene la Declaración de Asunción sobre aprovechamiento de ríos internacionales, en cuyos párrafos 1 y 2 se dispone lo siguiente:

"1. En los ríos internacionales contiguos, siendo la soberanía compartida, cualquier aprovechamiento de sus aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños.

2. En los ríos internacionales de curso sucesivo, no siendo la soberanía compartida, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la Cuenca."

17) La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en 1972, aprobó la Declaración sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[109], cuyo Principio 21 dispone lo siguiente:

"Principio 21

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional."

La Conferencia también aprobó el Plan de Acción para el Medio Humano[110], cuya recomendación 51 dispone lo siguiente:

---

[108] Texto reproducido en OEA, Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales), cuarta ed. rev. (OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 Rev.2, Washington, D.C., 1971), págs. 183 a 186; pasajes en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 350 y 351, documento A/CN.4/274, párr. 326.

[109] 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, número de venta: S.73.II.A.14 y corrección), cap. I.

[110] Ibíd., cap. II, secc. B.

"Recomendación 51

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

...

b) Los Estados interesados deberían considerar, cuando proceda, los siguientes principios:

...

ii) Que el objetivo fundamental de todas las actividades de utilización y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, desde el punto de vista del medio ambiente, es asegurar el mejor aprovechamiento del agua y evitar su contaminación en cada país;

iii) Que los beneficios netos de las regiones hidrológicas comunes a más de una jurisdicción nacional deben distribuirse equitativamente entre todos los países interesados;

..."

18) El "Plan de Acción de Mar del Plata", aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977[111], contiene varias recomendaciones y resoluciones sobre la ordenación y utilización de los recursos hídricos. En la recomendación 7 se pide que los Estados preparen una "legislación eficaz para promover la utilización eficiente y equitativa y la protección del agua y de los ecosistemas relacionados con ella"[112]. En cuanto a la cooperación internacional, el Plan de Acción en sus recomendaciones 90 y 91 dispone lo siguiente:

"90. Cuando existan recursos hídricos compartidos, es necesario que los Estados cooperen, en reconocimiento de la creciente interdependencia en materia económica, ambiental y geográfica, a través de las fronteras internacionales. De conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, tal cooperación deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, y teniendo debidamente en cuenta los principios expresados, entre otros, en el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

91. En lo que atañe a la utilización, la ordenación y el desarrollo de los recursos hídricos compartidos, las políticas nacionales deberán tomar en consideración el derecho de cada Estado que comparte los recursos a utilizar equitativamente estos recursos como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación."[113]

---

[111] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), primera parte.

[112] Ibíd., pág. 10.

[113] Ibíd., pág. 53.

19) En 1971, el Secretario General presentó al Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social un informe en el que se reconocía que "Los aprovechamientos múltiples y a menudo antagónicos y la demanda total mucho mayor han hecho imperativo un enfoque integrado del desarrollo de las cuencas fluviales, en reconocimiento de la creciente interdependencia económica y física de los territorios situados a ambos lados de las fronteras nacionales"[114]. El informe continuaba observando que los recursos hídricos internacionales, definidos como el agua de un sistema hidrográfico natural compartido por los demás países, ofrecen "una oportunidad única para fomentar la amistad entre los países. El aprovechamiento óptimo de esas aguas exige que se tomen medidas prácticas de asociación internacional de las que puedan beneficiarse todas las partes de forma tangible y visible mediante la acción concertada"[115].

20) El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano creó en 1972 un Subcomité Permanente de Ríos Internacionales. En 1973, el Subcomité recomendó al Pleno que examinase el informe del Subcomité en el momento oportuno en una reunión futura. Los proyectos de propuesta revisados presentados por el Relator del Subcomité siguen de cerca las Normas de Helsinki, aprobadas en 1966 por la Asociación de Derecho Internacional[116], que se analizan más adelante. La propuesta III dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

> "1. Cada Estado de la cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación equitativa y razonable en el producto de la utilización de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.
>
> 2. Los Estados de la cuenca interesados determinarán, en cada caso particular, lo que se ha de entender por participación equitativa y razonable, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes."[117]

21) Varias organizaciones internacionales no gubernamentales han llegado a conclusiones análogas. En su período de sesiones celebrado en Salzburgo en 1961, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución relativa a

---

[114] E/C.7/2/Add.6, párr. 1.

[115] Ibíd., párr. 3.

[116] Véase ADI, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966, pág. 484.

[117] En el párrafo siguiente de la propuesta III figura una lista no exhaustiva de 10 "factores que deben considerarse" para determinar qué constituye una participación equitativa y razonable. Véase Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, Report of the Fourteenth Session held at New Delhi (10 a 18 de enero de 1973) (Nueva Delhi), págs. 7 a 14; texto reproducido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 368 y 369, documento A/CN.4/274, párr. 367. Los trabajos del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano sobre esta materia se suspendieron en 1973, a raíz de la decisión de la Comisión de abordar el examen del tema. Pero en su 23º período de sesiones, celebrado en Tokio, en mayo de 1983, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, en respuesta a solicitudes urgentes, incluyó nuevamente el tema en su programa a fin de seguir los progresos realizados en la Comisión. Véanse las declaraciones de los observadores del Comité en el 36º período de sesiones de la Comisión (Anuario ... 1984, vol. I, pág. 352, 1869ª sesión, párr. 42) y en el 37º período de sesiones (Anuario ... 1985, vol. I, pág. 168, 1903ª sesión, párr. 21).

los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación[118]. Dicha resolución, titulada "Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)", establece, entre otras cosas, el derecho de cada Estado del curso de agua a utilizar las aguas de un río que atraviesa o bordea su territorio y prevé, en caso de desacuerdo, un mecanismo para la solución de controversias basado en la equidad.

22) La Asociación de Derecho Internacional (ADI) ha elaborado una serie de proyectos relativos al tema de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[119]. Quizás el más notable de esos proyectos a los presentes efectos sea el titulado "Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales", aprobado por la Asociación en su 52ª Conferencia, celebrada en Helsinki en 1966[120]. El capítulo 2 de las Normas de Helsinki lleva por título "Utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional" y contiene la siguiente disposición:

"Artículo IV

Cada Estado de la cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación equitativa y razonable en el producto de la utilización de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional."

23) Las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales vienen asimismo a corroborar el principio de que el Estado no puede permitir que su territorio se utilice de manera que se cause un daño a otros Estados[121]. En relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, esto equivale a decir que los Estados del curso de agua gozan de igualdad de derechos o de derechos correlativos respecto del uso y disfrute del curso de agua. Puede hallarse un instructivo paralelo en las decisiones de los

---

[118] Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, Basilea, vol. 49, tomo II, págs. 370 a 373; véase también Anuario ... 1974, vol. II, (segunda parte), pág. 214, documento A/5409, párr. 1076. Esta resolución, que se basaba en el informe final del Relator, Juraj Andrassy, presentado en el período de sesiones celebrado en Neuchâtel en 1959 (Annuaire de l'Institut de droit international, 1959, Basilea, vol. 48, tomo I, págs. 319 y ss.), fue aprobada por 50 votos a favor, ninguno en contra y una abstención.

[119] El primero de esos proyectos es la resolución que la Asociación aprobó en su 47ª Conferencia, celebrada en Dubrovnik en 1956, y uno de los más recientes es la resolución sobre el derecho de las aguas subterráneas internacionales, aprobada en su 62ª Conferencia, celebrada en Seúl en 1986. Véase la segunda parte del informe del Comité del derecho de las aguas subterráneas internacionales (ADI, Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, 1986, 1987, págs. 238 y ss.).

[120] El texto y el comentario de las Normas de Helsinki figuran en ADI, Report of Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966, págs. 484 y ss.; reproducido parcialmente en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 405.

[121] Véase el análisis de las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, en particular el asunto del Oder, el asunto del transvase de las aguas del Mosa, el asunto del estrecho de Corfú, el arbitraje en el asunto del lago Lanós, el arbitraje de la Fundición de Trail y otros laudos relativos a los cursos de agua internacionales, en el segundo informe del anterior Relator Especial (véase la nota 95, párrs. 100 a 133).

tribunales nacionales al resolver sobre pretensiones contrarias en Estados federales[122].

24) El precedente análisis de textos jurídicos, aunque necesariamente breve, refleja la tendencia de la práctica y la doctrina en la materia. Hay que reconocer que las fuentes citadas no tienen todas jurídicamente el mismo valor. Sin embargo, el análisis constituye un indicio del amplio y constante apoyo que han recibido las normas enunciadas en el artículo 5. En realidad, la regla de la utilización equitativa y razonable descansa sobre firmes cimientos y constituye una base de la obligación de los Estados de participar de manera equitativa y razonable en la utilización, el aprovechamiento y la protección de un curso de agua internacional.

Artículo 6

Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;

b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;

c) La dependencia de la población respecto del curso de agua;

d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;

e) Los usos existentes y potenciales del curso de agua;

f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;

g) La existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.

Comentario

1) El artículo 6 tiene por objeto establecer cómo los Estados tienen que aplicar la norma de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5. Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos

---

[122] Véanse las decisiones de los tribunales nacionales analizadas en el segundo informe del anterior Relator Especial, ibíd., párrs. 164 a 168.

relativos al curso de agua internacional de que se trate, así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados. Así, pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes. Este proceso de evaluación tiene que ser realizado, en primer lugar por lo menos, por cada Estado del curso de agua, a fin de velar por la observancia de la regla de la utilización equitativa y razonable establecida en el artículo 5.

2) El párrafo 1 del artículo 6 dispone que "la utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes", y enuncia una lista indicativa de tales factores y circunstancias. Esta disposición significa que, para que su conducta esté en conformidad con la obligación de utilización equitativa enunciada en el artículo 5, los Estados del curso de agua deben tener en cuenta, constantemente, todos los factores que son pertinentes para garantizar el respeto de la igualdad de derechos o los derechos correlativos de los demás Estados del curso de agua. Sin embargo, el artículo 6 no excluye la posibilidad de que comisiones técnicas, órganos comunes o terceros intervengan también en esas evaluaciones, de conformidad con las disposiciones o acuerdos aceptados por los Estados interesados.

3) La lista de factores contenida en el párrafo 1 tiene valor indicativo y no es exhaustiva. La amplia diversidad de los cursos de agua internacionales y de las necesidades humanas que éstos tienden a satisfacer hace imposible compilar una lista exhaustiva de los factores que puedan ser pertinentes en cada caso. Cabe que algunos de los factores enumerados sean pertinentes en un caso particular y otros no, o incluso que sean pertinentes otros factores no incluidos en la lista. No se establece un orden de prioridad ni la importancia respectiva de los factores y circunstancias enumerados, puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos, mientras que en otros quizás haya que atribuir mayor peso o influencia a factores distintos.

4) El apartado a) del párrafo 1 enumera una serie de factores naturales o físicos. Es probable que esos factores influyan en ciertas características importantes del propio curso de agua internacional, como la cantidad y calidad del agua, el caudal y sus fluctuaciones periódicas. Dichos factores determinan asimismo la relación física entre el curso de agua y cada Estado del curso de agua. Los factores "geográficos" comprenden la extensión del curso de agua internacional en el territorio de cada Estado del curso de agua; los factores "hidrográficos" se refieren generalmente a la medición, descripción y levantamiento de mapas hidrogeológicos del curso de agua; y los factores "hidrológicos" se refieren, en particular, a las propiedades del agua, incluido su caudal, y a su distribución incluida la aportación de agua de cada Estado del curso de agua al curso de agua internacional. El apartado b) concierne a las necesidades económicas y sociales relacionadas con el agua de los Estados del curso de agua. El apartado c) tiene por objeto poner de relieve la importancia de tomar en consideración tanto el tamaño de la población que depende del curso de agua como el grado o la medida de esa dependencia. El apartado d) trata de la cuestión de si los usos de un curso de agua internacional por un Estado del curso de agua producen efectos en los demás Estados del curso de agua y, en particular, si tales usos perjudican los usos de otros Estados del curso de agua. El apartado e) se refiere a los usos existentes y potenciales de un curso de agua internacional a fin de subrayar que no se da prioridad a ninguno de ellos al tiempo que se reconoce que ambos factores o sólo uno de ellos pueden ser pertinentes en un caso determinado. El apartado f) enumera una serie de factores relativos a las medidas que pueden adoptar los Estados del curso de agua con respecto a un curso de agua internacional. El término "conservación" se utiliza en el mismo sentido que en el artículo 1; el término "protección" se

utiliza en el mismo sentido que en el artículo 5; el término "aprovechamiento" se refiere en general a los proyectos o programas emprendidos por los Estados del curso de agua para sacar provecho de un curso de agua o para aumentar el provecho que se puede obtener de él; y la expresión "economía en la utilización" se refiere a la posibilidad de evitar un inútil despilfarro de agua. Por último, el apartado g) versa sobre la existencia de varias opciones respecto de un uso particular existente o previsto y sobre si esas opciones son de valor correspondiente al del uso existente o previsto. Este apartado requiere que se averigüe si existen otros medios de satisfacer las necesidades que son o serían satisfechas por un uso existente o previsto. Las opciones pueden consistir, por consiguiente, no sólo en otras fuentes de abastecimiento de agua, sino también en otros medios (distintos del uso del agua) de satisfacer esas necesidades, como otras fuentes de energía u otros medios de transporte. El término "correspondiente" se utiliza en su sentido amplio para indicar un valor general equivalente. Así, pues, la expresión "de valor correspondiente" trata de sugerir la idea de viabilidad, factibilidad y relación costo-eficacia generalmente comparables.

5) El párrafo 2 prevé la posibilidad de que, por diversas razones, los Estados del curso de agua tengan que celebrar consultas entre ellos respecto de la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del artículo 6. Entre los supuestos que pueden dar lugar a esa situación figuran circunstancias naturales, como una reducción de la cantidad de agua, y circunstancias relativas a las necesidades de los Estados del curso de agua, como un aumento de las necesidades para usos domésticos, agrícolas o industriales. El párrafo dispone que los Estados del curso de agua están obligados a celebrar "consultas con ánimo de cooperación". Como se ha señalado en el párrafo 6 del comentario al artículo 5, la naturaleza de la obligación general de cooperación de los Estados del curso de agua se enuncia con más detalle en el artículo 8. Este párrafo insta a los Estados a que celebren consultas, con ánimo de cooperación, acerca de la utilización, el aprovechamiento o la protección de un curso de agua internacional a fin de hacer frente a las circunstancias que han dado lugar a la necesidad de consultas. A tenor de lo dispuesto en este párrafo, la exigibilidad de la obligación de celebrar consultas viene determinada por el hecho de que haya surgido la necesidad de tales consultas. Esto implica un criterio objetivo, mientras que el requisito de que los Estados del curso de agua celebren consultas "con ánimo de cooperación" significa que la petición de un Estado del curso de agua de que se celebren consultas no puede ser pasada por alto por los demás Estados del curso de agua.

6) Se han hecho diversas tentativas en el plano internacional para confeccionar listas de factores con objeto de dar al principio de utilización equitativa un significado concreto en cada caso particular. El artículo IV de las Normas de Helsinki aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional[123], se refiere a la utilización equitativa (véase el párrafo 22 del comentario al artículo 5), y el artículo V, relativo a la manera de determinar lo que se entiende por "participación equitativa y razonable", dispone lo siguiente:

"Artículo V

1. Lo que se ha de entender por "participación equitativa y razonable" en el sentido del artículo IV se determinará, en cada caso particular, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes.

[123] Véase la nota 120.

2. Los factores pertinentes que hay que tomar en consideración son, entre otros, los siguientes:

a) La geografía de la cuenca, en particular la extensión de la cuenca hidrográfica en el territorio de cada Estado de la cuenca;

b) La hidrología de la cuenca, en particular la aportación de agua de cada Estado de la cuenca;

c) El clima de la cuenca;

d) La utilización anterior de las aguas de la cuenca, en particular su utilización actual;

e) Las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca;

f) La población dependiente de las aguas de la cuenca en cada Estado de la cuenca;

g) Los costos comparativos de otros medios de satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca;

h) La disponibilidad de otros recursos;

i) La necesidad de evitar todo despilfarro inútil en la utilización de las aguas de la cuenca;

j) La posibilidad del pago de una indemnización a uno o varios de los Estados de la misma cuenca como medio de solucionar los conflictos entre usos; y

k) El grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado de la cuenca sin causar daños importantes a otro Estado de la misma cuenca.

3. El peso que deba atribuirse a cada factor se determinará por su importancia en relación con la de otros factores pertinentes. Para determinar lo que se ha de entender por "participación equitativa y razonable" se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores."

7) En 1958 el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó un memorando sobre los aspectos jurídicos del uso de los sistemas hidrográficos internacionales. El memorando, que se preparó en relación con las conversaciones entre los Estados Unidos y el Canadá relativas al propuesto transvase por el Canadá de las aguas de ciertos ríos fronterizos, contiene también ejemplos de los factores que han de tenerse en cuenta en la utilización equitativa y razonable de un curso de agua internacional[124].

8) Finalmente, en 1973 el Relator del Subcomité Permanente de Ríos Internacionales del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano presentó al

---

[124] Estados Unidos de América, Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909, Memorando del Departamento de Estado de 21 de abril de 1958, 85º Congreso, segundo período de sesiones, documento No. 118 del Senado, Washington, D.C., 1958, pág. 90.

Comité un proyecto revisado de propuestas. En la propuesta III, los párrafos 1 y 2 se refieren a la utilización equitativa (véase el párrafo 20 del comentario al artículo 5), y el párrafo 3 se refiere a la cuestión de los factores pertinentes[125].

9) La Comisión opina que es necesaria una lista indicativa de factores que sirva de guía a los Estados en la aplicación de la regla de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5. Se ha tratado de limitar los factores a una lista restringida y no exhaustiva de consideraciones generales que sean aplicables en muchos casos concretos. No obstante, quizás no sea ocioso repetir que la importancia atribuida a cada factor, así como su pertinencia misma, variará según las circunstancias de cada caso.

Artículo 7

Obligación de no causar daños sensibles

1. Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

2. Cuando, a pesar del ejercicio de la diligencia debida, se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso cause los daños deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, consultar con el Estado que sufra dichos daños acerca de:

a) La medida en que ese uso es equitativo y razonable teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6;

b) La cuestión de los ajustes especiales de su utilización, destinados a eliminar o mitigar los daños causados y, cuando proceda, la cuestión de la indemnización.

Comentario

1) En este artículo la Comisión establece un proceso destinado a evitar el daño sensible en la medida de lo posible llegando a la vez a un resultado equitativo en cada caso concreto. El uso óptimo de los recursos hídricos finitos de un curso de agua internacional se considera a la luz de los intereses de cada Estado del curso de agua interesado. Esto concuerda con la importancia dada a lo largo de los artículos en general, y en particular en la parte III, a las consultas y negociaciones acerca de las medidas planeadas.

2) El enfoque de la Comisión se basó en tres conclusiones: en primer lugar, que el artículo 5 no ofrecía por sí solo suficiente orientación a los Estados en los casos en que el daño fuera un factor; en segundo lugar, que los Estados deben obrar con la debida diligencia para utilizar un curso de agua de manera que no cause daños sensibles; en tercer lugar, que el hecho de que una actividad acarree daños sensibles no constituye necesariamente en sí una base para prohibirla. En algunas circunstancias, la "utilización equitativa y razonable" de un curso de agua internacional puede aun así acarrear daños sensibles a otro Estado del curso de agua. En general, en esos casos, el principio de una

---

[125] Véase la nota 117.

utilización equitativa y razonable sigue siendo el criterio rector para equilibrar los intereses que están en juego.

3) En el párrafo 1 se establece la obligación general de los Estados del curso de agua de ejercer la diligencia debida en su utilización del curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

4) "Diligencia debida" se ha definido como sigue: "... una diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce ..."; y "el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos"[126]. La obligación de la debida diligencia contenida en el artículo 7 fija el umbral de la actividad legítima del Estado. No tiene por objeto garantizar que al utilizar un curso de agua internacional no se produzca un daño sensible[127]. Es una obligación de conducta, no de resultado. Lo que la obligación entraña es que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida de manera que no se causen daños sensibles cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no lo haya aminorado[128]. Por consiguiente, "el Estado puede ser responsable ... de no promulgar la legislación necesaria, de no hacer cumplir las leyes ... de no impedir o poner término a una actividad ilegal o de no castigar a la persona responsable de la misma"[129].

5) La obligación de la diligencia debida, como criterio objetivo, puede deducirse de tratados que rigen la utilización de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo el Tratado del Indo entre la India y el Pakistán dispone en el párrafo 10 de su artículo 4 lo siguiente:

> "Cada una de las partes declara su intención de impedir, en la medida de lo posible, la contaminación indebida de las aguas de los ríos que pudieran afectar desfavorablemente a usos de naturaleza similar a la de aquellos a los que se aplicaron las aguas en una fecha efectiva, y conviene en tomar todas las medidas razonables para lograr que antes de verterse a

---

[126] El Arbitraje de Ginebra (asunto Alabama) recogido en J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. I (1898), págs. 572 y 573 y 612, respectivamente.

[127] Véase en general P. M. Dupuy, la responsibilité internationale des états pour les dommages d'origine technologique et industrielle (1976) y "La responsibilité internationale des Etats pour les dommages causés par les pollutions transfontières", en OCDE, Aspects juridiques de la pollution transfontière (1977), Charles B. Bourne. "The International Law Commission Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures", Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, vol. 3, págs. 65 a 92 (1992); y P. K. Wouters, "Allocation of the non-navigational uses of international watercourses: Efforts at Codification and the experience of Canada and the United States", Canadian Yearbook of International Law, vol XXX (1992), págs. 43 y ss.

[128] J. G. Lammers, Pollution of International Watercourses (1984), pág. 348.

[129] The American Law Institute, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States, vol. 2 (1986), Section 601, comentario d), pág. 105.

los ríos las aguas residuales o los desechos industriales sean tratados, cuando sea necesario, de manera que no afecten materialmente a esos usos: siempre que el criterio de lo razonable sea la práctica habitual en situaciones similares relativas a los ríos."[130]
(Subrayado añadido).

6) La obligación de la debida diligencia puede también deducirse de diversas convenciones multilaterales. El párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[131], de 1982, dispone que "los Estados tomarán ... todas las medidas ... que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades ...". Según el artículo 1 del Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, los Estados contratantes están obligados a "adoptar todas las medidas posibles para impedir la contaminación del mar por el vertimiento de desechos y otras materias ..."[132]. El artículo 2 del Convenio de Viena de 1985 para la protección de la capa de ozono[133] cuyo artículo 2 obliga a las partes a tomar "las medidas apropiadas ... para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono". El párrafo 5 del artículo 7 de la Convención Wellington de 1988 sobre la regulación de las actividades sobre recursos minerales del antártico[134] dispone que "Cada una de las partes hará los esfuerzos apropiados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie se dedique a ninguna actividad sobre recursos minerales del Antártico contraria a los objetivos y principios de la presente Convención". La Convención sobre evaluación de las repercusiones ambientales en un contexto transfronterizo también dispone en el párrafo 2 del artículo 1 que "Cada una de las partes tomará las medidas jurídicas, administrativas u otras medidas necesarias para aplicar las disposiciones de la presente Convención, incluido, con respecto a las actividades propuestas ... que puedan causar repercusiones desfavorables transfronterizas importantes, el establecimiento de un procedimiento de evaluación de las repercusiones ambientales que permita la participación pública y la preparación de documentación sobre la evaluación de las repercusiones ambientales ..."[135]. Además, la Convención de 1992 sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dispone en el párrafo 1 de su artículo 2 que "Las partes tomarán todas las medidas apropiadas para prevenir, controlar y reducir todo efecto transfronterizo"[136].

---

[130] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.63.V.4, pág. 305.

[131] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.83.V.5.

[132] Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1046, pág. 122; reproducido también en International Legal Materials, vol. XI (1972), págs. 1294 y ss.

[133] Documento UNEP/IG.53/5; reproducido también en International Legal Materials, vol. XXVI (1987), pág. 1.529.

[134] Documento AMR/SCM/88/78 (2 de junio de 1988); reproducido también en International Legal Materials, vol. XXVII (1988), págs. 872 y ss.

[135] Documento E/ECE/1250 (25 de febrero de 1991).

[136] UNVWA/R.53 y Add.1.

7) La obligación de diligencia debida contenida en el artículo 7 se abordó recientemente en una controversia entre Alemania y Suiza derivada del hecho de que esta última no exigió a una empresa farmacéutica que tomara ciertas medidas de seguridad y de la contaminación resultante del Rin. El Gobierno suizo reconoció la falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la regulación adecuada de sus propias industrias farmacéuticas[137].

8) Sólo se puede considerar que un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua[138].

9) Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto del estrecho de Corfú:

> "... del mero hecho del control ejercido por un Estado sobre su territorio no puede llegarse a la conclusión de que ese Estado necesariamente tuviera conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de un acto ilícito cometido allí ni que necesariamente supiera o debiera haber sabido quiénes eran los autores. Este hecho, por sí mismo o aparte de otras circunstancias, no entraña responsabilidad prima facie ni desplaza la carga de la prueba."[139]

10) El párrafo 2 trata de una situación en la que, pese al ejercicio de la debida diligencia en la utilización de un curso de agua internacional, un uso causa no obstante daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En tal circunstancia las disposiciones del párrafo 2 requieren que, salvo que exista un acuerdo con respecto a ese uso, el Estado cuyo uso causa los daños consulte con los Estados del curso de agua que lo están sufriendo. El objeto de las consultas se indica en los apartados a) y b) del párrafo 2.

11) Las palabras "a falta de acuerdo con respecto a ese uso" reflejan el hecho de que cuando los Estados del curso de agua interesados han convenido ya en ese uso, no existen las obligaciones contenidas en los apartados a) y b) del párrafo 2. A falta de ese acuerdo, sin embargo, el Estado del curso de agua que sufre el daño sensible podrá invocar las disposiciones de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo.

12) Un comentarista se ha referido de la manera siguiente al proceso de llegar a un acuerdo sobre los usos de los cursos de agua:

> "En muchos casos, cuando un Estado prevé una utilización que se supone que va a causar daños graves y duraderos a los intereses de otro Estado en el río, las actividades no se han iniciado hasta que ha habido acuerdo

---

[137] Véase New York Times (11 de noviembre de 1986), pág. A1; (12 de noviembre de 1986), pág. A8; (13 de noviembre de 1986), pág. A3. Para un examen completo de esta situación, véase Riccardo-Pisillo-Mazzeschi, "Forms of International Responsibility for Environmental Harm" en International Responsibility for Environmental Harm (Francesco Francioni y Tullio Scovazzi, eds.) (1991), pág. 31. Véase también Barron, "After Chernobyl: Liability for Nuclear Accidents under International Law", 25 Columbia Journal of Transnational Law (1987), págs. 652 y ss.

[138] Lammers, op. cit., pág. 349.

[139] Corte Internacional de Justicia, Reports (1949), pág. 18.

entre los Estados. Estos acuerdos no siguen ningún patrón especial sino que resuelven problemas inmediatos de manera equitativa."[140]

Este proceso se refleja y refuerza en el artículo 12 y los demás artículos relativos a la notificación, intercambio de información, etc. contenidos en la parte III del proyecto de artículos.

13) El proceso que se requiere en el párrafo 2 es análogo en varios aspectos al proceso seguido por la Corte Internacional de Justicia en el fondo del asunto de la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia) (1974)[141]. En ese caso la Corte comprobó la existencia de derechos contrapuestos por parte del Reino Unido e Islandia. La Corte determinó que se habían de aplicar ciertos criterios generales, análogos al artículo 6 del presente proyecto de artículos, y señaló además:

> "El método más apropiado para la solución de la controversia era evidentemente el de la negociación. Su objetivo debía ser la delimitación de los derechos e intereses de las partes ...[142]. La obligación de negociar se deriva así de la naturaleza misma de los respectivos derechos de las partes; [y] corresponde a los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas acerca del arreglo pacífico de las controversias[143]. La tarea que tienen ante sí ... [las partes] será realizar sus negociaciones sobre la base de que cada una debe de buena fe prestar razonable atención a los derechos legales de la otra [a] ... los hechos de la situación particular y tener en cuenta los intereses de los demás Estados con derechos ... establecidos ..."[144]

14) El apartado a) del párrafo 2 obliga a las partes a consultarse con el fin de determinar si el uso del curso de agua ha sido equitativo y razonable teniendo en cuenta, entre otras cosas, la lista no exhaustiva de factores a que se hace referencia en el artículo 6. La carga de la prueba de que una determinada utilización es equitativa y razonable incumbe al Estado cuyo uso del

---

[140] C. Eagleton, "The Law and uses of international rivers", citado en Whiteman, Digest of International Law (1966), vol. II, págs. 874 y 875.

[141] Corte Internacional de Justicia, Reports (1974), págs. 3 y ss. Se reconoce que el proceso requerido en el párrafo 2 del artículo 7 es un proceso de "consulta". La referencia por analogía al procedimiento empleado en el asunto de la Competencia en materia de pesquerías, con su referencia a la "negociación", no tiene por objeto elevar el rango del término utilizado en el párrafo 2.

[142] Ibíd., pág. 31, párr. 73.

[143] Ibíd., pág. 32, párr. 75.

[144] Ibíd., pág. 33, párr. 78. Véase también la resolución de Salzburgo sobre el uso de aguas internacionales no marítimas, 49-II, Annuaire de l'Institut de droit international, session de Salzburg, 1961; Charles B. Bourne, "The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures" Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, vol. 3, págs. 65 a 92 (1992); y P. K. Wouters, The Canadian Yearbook of International Law, vol. XXX (1992) págs. 80 a 86.

curso de agua está causando un daño sensible[145]. Un uso que cause daños sensibles a la salud y seguridad humanas se entiende que no es intrínsecamente, ni equitativo ni razonable. En opinión de varios miembros de la Comisión, también era importante reconocer que, como mínimo, es muy improbable que cualquier otra forma de daño extremo pueda verse contrapesado por los beneficios derivados de la actividad.

15) Cuando, como en el asunto de las Pesquerías, hay un conflicto de usos debido por ejemplo, en el caso de los cursos de agua, a la cantidad o calidad de las aguas, es posible que todos los usos razonables y beneficiosos no pueden realizarse plenamente.

16) La decisión de la Corte en el asunto Donauversinkung es también instructiva: "Los intereses de los Estados en cuestión deben pesarse de manera equitativa uno con otro. Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro"[146].

17) El apartado b) del párrafo 2 requiere que los Estados se consulten para ver si se deben hacer ajustes especiales en la utilización que está causando daños sensibles con el fin de eliminar o reducir los daños; y si debe pagarse una indemnización a los que sufren los daños.

18) Las consultas deben realizarse habida cuenta de las circunstancias particulares e incluirían, además de los factores pertinentes del apartado a), factores tales como la medida en que los ajustes son económicamente viables, la medida en que el Estado lesionado obtendría también beneficios de la actividad en cuestión[147], como la participación en la energía hidroeléctrica generada, el control de las inundaciones, la mejora de la navegación, etc. A este respecto,

---

[145] "El Estado demandante parte de la norma presuntiva a su favor de que todo Estado está obligado a utilizar las aguas de los ríos que fluyen dentro de su territorio de tal manera que no se causen daños importantes a un Estado corribereño. Habiendo probado esos daños importantes, corresponderá al Estado demandado la carga de formular una defensa apropiada, excepto en aquellos casos en que los daños sean resultado de una contaminación muy peligrosa y la responsabilidad sea estricta. Esta carga incumbe al Estado demandado por derivación de su jurisdicción soberana exclusiva sobre las aguas que fluyen dentro de su territorio". Véase The Law of International Drainage Basins, A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead (eds.) (Dobbs Ferry, Oceana Publications, N.Y., 1967), pág. 113.

[146] Wurtenberg y Prussia c. Baden (asunto Donauversinkung) (1927) Entscheidungen des Reichsgerichts en Zivilsachen (Berlín, de Grayter), vol. 116 (1927) Anhang: Entscheidungen des Staatsgerichtshofs, pág. 18; Annual Digest of Public International Law Cases, (1927-1928) (Londres, 1931), pág. 131; véase también Kansas c. Colorado (1907) 206 US 100, y Washington c. Oregon (1936) 297 US 17; Report of the Sixty-Second International Law Association Conference (Seúl), 1978, parte III, págs. 275 a 278; el artículo 1 de las "Normas complementarias Aplicables a los recursos hídricos internacionales" dice así: "Un Estado de la cuenca se abstendrá de realizar e impedirá dentro de su territorio actos u omisiones que causen daños sustanciales a otro Estado de la cuenca, siempre que la aplicación del principio de la utilización equitativa expuesto en el artículo IV de las Normas de Helsinki no justifique una excepción en un caso particular. Tal excepción se determinará de conformidad con el artículo V de las Normas de Helsinki".

[147] Véase el asunto Donauversinkung, ibíd.

el pago de indemnización se reconoce expresamente como medio de equilibrar los intereses en los casos apropiados[148].

19) El concepto de equilibrio de intereses se expresa en el párrafo 9 del comentario al artículo 5 supra, que dice así:

> "... en los casos en que la cantidad o la calidad del agua no permita que todos los Estados del curso de agua obtengan todo el provecho que razonablemente cabía esperar de su explotación, se produce lo que se denomina un "conflicto de usos". En tal caso la práctica internacional reconoce la necesidad de algunos ajustes o adaptaciones para salvaguardar la igualdad de derechos de cada Estado del curso de agua. Estos ajustes o adaptaciones tienen que efectuarse sobre la base de la equidad, y la mejor manera de lograrlo es mediante acuerdos de curso de agua específicos."

20) Este concepto se refleja en la recomendación 51 aprobada por la Conferencia de Estocolmo sobre el medio humano (1972), que recomienda el principio de que "los beneficios netos de las regiones hidrológicas comunes a más de una jurisdicción nacional deben distribuirse equitativamente entre todos los países interesados"[149].

21) Si las consultas no conducen a una solución, se aplicarán los procedimientos de solución de controversias contenidos en el artículo 33 de los presentes artículos. La Comisión ha añadido estos procedimientos en segunda lectura reconociendo la complejidad de las cuestiones y la vaguedad intrínseca de los criterios que se han de aplicar. Describió muy bien la situación del tribunal del lago Lanós, que declaró lo siguiente:

> "Corresponde a cada Estado evaluar de manera razonable y de buena fe las situaciones y las normas que lo implican en controversias; su evaluación puede estar en contradicción con la de otros Estados; en tal caso, si surge una controversia, las partes normalmente tratan de resolverla mediante negociación o sometiéndola a la autoridad de un tercero."[150]

22) Algunos miembros de la Comisión indicaron que no creían que fuese útil incluir disposiciones como las del artículo 7 tal como está redactado en la

---

[148] Véase el Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos relativo al desarrollo cooperativo de los recursos hídricos de la cuenca del Columbia, Recueil des traités, vol. 542, pág. 246 (1965), el Acuerdo entre la República Árabe Unida y la República del Sudán para la plena utilización de las aguas del Nilo (1960), ibíd., vol. 453, pág. 51 y su predecesor de 1929, 93, Sociedad de las Naciones, Treaty Series, vol. XCIII, pág. 44. Véase también el acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Gobierno del Estado de Baviera acerca del reparto de las aguas en el distrito de Rissbach, Durrach y Walchan, concluido el 29 de junio de 1948 y concertado el 16 de octubre de 1950, Legislative Texts (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.63.V.4), págs. 469 y 470, el acuerdo Drava de 1954 entre Austria y Yugoslavia, documento de las Naciones Unidas, ibíd., pág. 513. Véase además el Acuerdo de 1966 sobre el lago de Constanza entre Austria, la República Federal de Alemania y Suiza, documento de las Naciones Unidas, ibíd., pág. 774, el artículo 4 de la resolución de Salzburgo sobre el uso de las aguas internacionales no marítimas, 49-II, Annuaire de l'Institut de droit international, session de Salzburg, 1961.

[149] Véase la nota 109.

[150] Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, págs. 310 y 311.

actualidad o como lo estaba en el texto de 1991. Otros estimaron que era esencial que la Comisión abordara la cuestión como lo había hecho en el texto de 1991 o en el presente texto. Prevaleció esta última opinión.

23) Algunos miembros expresaron reservas acerca del artículo, indicando que preferían el texto aprobado en primera lectura.

Artículo 8

Obligación general de cooperación

Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 8 establece la obligación general de los Estados del curso de agua de cooperar unos con otros con objeto de cumplir las obligaciones y alcanzar los objetivos fijados en los artículos. La cooperación entre Estados del curso de agua en la utilización de un curso de agua internacional es importante para lograr y preservar una distribución equitativa del uso y disfrute del curso de agua, y para facilitar el funcionamiento de las reglas de procedimiento contenidas en la Parte III del proyecto.

2) El artículo 8 pone de relieve tanto el fundamento como los objetivos de la cooperación. En cuanto a lo primero, el artículo se refiere a los principios esenciales que constituyen el fundamento mismo de la cooperación entre los Estados del curso de agua. Entre otros principios pertinentes cabe citar la buena fe y la buena vecindad. Por lo que respecta a los objetivos de la cooperación, la Comisión tras debatir si deberían exponerse con detalle, llegó a la conclusión de que sería más adecuado enunciarlos con carácter general, habida cuenta, especialmente, de la gran diversidad de cursos de agua internacionales, de sus usos, y de las necesidades de los Estados del curso de agua. Este enunciado, que se expresa en la frase "a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional", se inspira en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 5.

3) Un gran número de instrumentos internacionales exhortan a las partes a cooperar unas con otras en la utilización de los respectivos cursos de agua internacionales[151]. Como ejemplo de instrumento internacional en el que figura dicha obligación cabe citar el Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas entre Polonia y la Unión Soviética, de 17 de

[151] Un análisis de los convenios internacionales, las decisiones de tribunales internacionales, las declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales y los estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en relación con el principio de la cooperación se encuentra en el tercer informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1987, vol. II (primera parte), págs. 24 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párrs. 43 a 58.

julio de 1964[152]. El párrafo 3 del artículo 3 establece que el Acuerdo tiene por objeto lograr la cooperación entre las partes en las actividades económicas, científicas y técnicas relativas a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas. En los artículos 7 y 8 del Acuerdo se regula la cooperación relativa, entre otras cosas, a los proyectos hidráulicos y al intercambio regular de datos e información.

4) Además del artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[153], la importancia de la cooperación en materia de utilización de los cursos de agua internacionales y otros recursos naturales compartidos se ha puesto reiteradamente de relieve en declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales. La Asamblea General, por ejemplo, abordó la cuestión en su resolución 2995 (XXVII), de 15 de diciembre de 1972, sobre cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, y en su resolución 3129 (XXVIII), de 13 de diciembre de 1973, sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados. La primera establece en su preámbulo que "en el ejercicio de la soberanía sobre sus recursos naturales, los Estados deben buscar, por medio de una efectiva cooperación bilateral o de mecanismos regionales, preservar y mejorar el medio ambiente". La cuestión de la

---

[152] Entró en vigor el 16 de febrero de 1965 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 552, pág. 175). Entre otros ejemplos de acuerdos sobre cursos de agua internacionales que regulan la cooperación entre las partes cabe citar los siguientes: a) el Convenio relativo a la protección de las aguas del lago Lemán contra la contaminación, entre Francia y Suiza, de 16 de noviembre de 1962 (entró en vigor el 1º de noviembre de 1963) (ibíd., vol. 922, pág. 49) (arts. 1 a 4); b) el Convenio sobre cooperación para la protección y mejoramiento del medio ambiente en la zona fronteriza, entre los Estados Unidos de América y México, de 14 de agosto de 1983 (entró en vigor el 16 de febrero de 1984), tratado marco que comprende los recursos hídricos fronterizos (International Legal Materials, vol. XXII, 1983, pág. 1025) (art. 1 y anexo I); c) el Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (Alto Volta, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Dahomey, Guinea, Malí, Níger y Nigeria) (entró en vigor el 1º de febrero de 1966) (véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 587, pág. 9) (art. 4); d) la Convención relativa al estatuto del Senegal y la Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del Senegal, ambas de 11 de marzo de 1972 (Naciones Unidas, op. cit., Recursos Naturales/Serie del Agua No. 13, págs. 16 y 21, respectivamente); e) la Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Camerún, Chad, Níger y Nigeria), de 22 de mayo de 1964 (Journal Officiel de la République fédérale du Cameroun, Yaundé, vol. 4, No. 18, 15 de septiembre de 1964), pág. 1003; Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 315 y ss., documento A/CN.4/274, párrs. 51 a 56 (artículo 1 del Estatuto); f) el Tratado sobre las aguas del Indo, entre la India y el Pakistán, de 19 de septiembre de 1960 (entró en vigor el 12 de enero de 1961) (véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 419, pág. 125) (arts. VII y VIII). Con carácter más general, el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, titulado "Cooperación en el plano mundial o regional", exige a los Estados que cooperen "en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con la presente Convención, para la protección y preservación del medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región".

[153] Véase la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974.

cooperación en la utilización de recursos hídricos comunes y en la esfera de la protección del medio ambiente fue tratada también en la Declaración de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972[154], cuyo Principio 24 establece:

"Principio 24

> Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados."[155]

El Plan de Acción de Mar del Plata, adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977[156], contiene varias recomendaciones relativas a la cooperación regional e internacional con respecto a la utilización y el desarrollo de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, en la Recomendación 90 se establece que, en el caso de los cursos de agua internacionales, la cooperación entre los Estados, "de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional [...] deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, y teniendo debidamente en cuenta los principios expresados, entre otros, el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente"[157]. En 1987 la CEPE adoptó una serie de "Principios relativos a la cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas"[158]. El Principio 2 dispone:

---

[154] Véase la nota 108.

[155] Véase también la Recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano aprobado en la misma Conferencia, ibíd., primera parte, cap. II.B), que se refiere concretamente a la cooperación en la esfera de los cursos de agua internacionales.

[156] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), primera parte, cap. I.

[157] El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo se reproduce en el párrafo 17 del comentario al artículo 5. Véanse también la recomendación 84 del Plan de Acción de Mar del Plata (ibíd., pág. 51) y las resoluciones aprobadas en el Plan de Acción sobre "Cooperación técnica entre países en desarrollo en lo relativo al agua", "Comisiones de cuencas fluviales" y "Arreglos institucionales para la cooperación internacional en el sector de los recursos hídricos" (ibíd., pág. 79).

[158] Véase Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 225. En el preámbulo de los Principios se declara lo siguiente: "... Los siguientes principios se refieren exclusivamente a cuestiones vinculadas con el control y la prevención de la contaminación de aguas transfronterizas, así como al control de las inundaciones en aguas transfronterizas, incluyendo cuestiones generales propias de esta esfera ...".

"Cooperación

2. La mejor manera de controlar los efectos transfronterizos de los fenómenos naturales y de las actividades humanas en las aguas transfronterizas es mediante los esfuerzos concertados de los países inmediatamente interesados. Por consiguiente, debería establecerse entre los países ribereños una cooperación lo más práctica posible que lleve a un intercambio constante y completo de información, a consultas periódicas y decisiones concernientes a cuestiones de interés mutuo: objetivos, criterios y normas, inspección, planificación, programa de investigación y desarrollo y medidas concretas, incluidas la aplicación y vigilancia de dichas medidas."

5) La importancia de la cooperación entre los Estados en materia de utilización y aprovechamiento de los cursos de agua internacionales ha sido reconocida también en numerosos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales[159]. Un instrumento en el que se reconoce expresamente la importancia de la cooperación entre los Estados para la eficacia de las normas de procedimiento y de otro tipo relativas a los cursos de agua internacionales son las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas en 1982 por la Asociación de Derecho Internacional[160]. En el artículo 4 de esas normas se establece: "A fin de dar cumplimiento a las disposiciones de los presentes artículos, los Estados cooperarán con los demás Estados interesados". Una enérgica afirmación de la importancia de la cooperación relativa a los recursos hídricos internacionales, dadas las propiedades físicas del agua, puede verse en el Principio XII de la Carta Europea del Agua, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1967[161], en el que se dice: "El agua no tiene fronteras. Es un recurso común que precisa cooperación internacional". Por último, la resolución sobre "La contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional", aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones celebrado en Atenas en 1979[162], establece, en el apartado b) del artículo IV, que, a fin de prevenir la contaminación de las aguas, los Estados, recurrirán a los arbitrios a su alcance y, "en el plano internacional, cooperarán de buena fe con los otros Estados interesados"[163].

---

[159] Véanse en general los estudios mencionados y extractados en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), documento A/5409, párrs. 1069 a 1098; documento A/CN.4/274, párrs. 364 a 381 y 399 a 409.

[160] Véase ADI, Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982.

[161] Aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 28 de abril de 1967 (recomendación 493 (1967)) y por el Comité de Ministros el 26 de mayo de 1967 (resolución (67) 10); texto reproducido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 372 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 373.

[162] Véase Annuaire de l'Institut de droit international, 1979, vol. 58-II, págs. 196 y ss.

[163] En el artículo VII de la resolución se establece que "al cumplir su obligación de cooperar, los Estados que formen parte de la misma cuenca hidrográfica, en la medida de lo posible, especialmente por conducto de acuerdos, recurrirán a los siguientes arbitrios de cooperación", entre ellos la comunicación de los datos apropiados sobre la contaminación, la notificación en tiempo oportuno de cualesquiera actividades que entrañaren riesgo de contaminación y la consulta respecto de los problemas reales o potenciales de contaminación transfronteriza.

6) En conclusión, la cooperación entre los Estados del curso de agua repercute de manera importante en la utilización equitativa y razonable de los cursos de agua internacionales. Es, además, el fundamento para el intercambio regular de datos e información previsto en el artículo 9, así como para otras partes del proyecto.

Artículo 9

Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que sean fácilmente accesibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no sean fácilmente accesibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que se comuniquen.

Comentario

1) En el artículo 9 se exponen las condiciones generales mínimas del intercambio entre Estados del curso de agua de los datos y la información necesarios para garantizar la utilización equitativa y razonable de un curso de agua. Los Estados del curso de agua necesitan datos e información relativos al estado del curso de agua para aplicar el artículo 6, en el que se requiere que los Estados del curso de agua tengan en cuenta "todos los factores y circunstancias pertinentes" al cumplir la obligación de utilización equitativa establecida en el artículo 5. Las normas que figuran en el artículo 9 son, claro está, de carácter supletorio, pues se aplican en ausencia de una reglamentación particularizada del tema contenida en un acuerdo como el previsto en el artículo 3, esto es, un acuerdo sobre un curso de agua internacional específico. En realidad, hay una clara necesidad de que los Estados del curso de agua concierten esos acuerdos entre sí con miras, entre otras cosas, a establecer un régimen para la reunión y el intercambio de datos e información a la luz de las características del curso de agua internacional pertinente, así como de sus necesidades y circunstancias especiales. El funcionamiento armónico y eficaz del régimen previsto en el artículo 9 depende de la cooperación entre los Estados del curso de agua. Las normas enunciadas en el presente artículo constituyen, pues, una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 8, como se refleja en la oración inicial del párrafo 1.

2) El requisito del párrafo 1 de que se intercambien datos e información de manera regular tiene por objeto asegurar que los Estados del curso de agua dispongan de los elementos necesarios para poder cumplir sus obligaciones en virtud de los artículos 5, 6 y 7. Los datos y la información pueden transmitirse de manera directa o indirecta. En muchos casos los Estados del curso de agua han establecido órganos mixtos a los que se ha confiado, entre

otras cosas, la recopilación, elaboración y difusión de los datos e información a que se hace referencia en el párrafo 1[164]. En todo caso, los Estados interesados tienen, por supuesto, libertad para hacer uso a tal efecto de cualquier método mutuamente aceptable.

3) La Comisión reconoce que circunstancias tales como un conflicto armado o la ausencia de relaciones diplomáticas pueden representar graves obstáculos para el intercambio directo de datos e información, así como para una serie de procedimientos previstos en los artículos 11 a 19. La Comisión decidió que este problema se resolvería mejor mediante una cláusula general de salvaguardia que previera expresamente procedimientos indirectos y que ha tomado la forma del artículo 30.

4) Al requerir el intercambio "regular" de datos y de información, el artículo 9 prevé un proceso continuo y sistemático, distinto del envío especial de información acerca de las medidas proyectadas previsto en la parte III del proyecto.

5) El párrafo 1 requiere que los Estados del curso de agua intercambien los datos y la información "que sean fácilmente accesibles"[165]. Esta expresión se emplea para indicar que, como obligación jurídica general, un Estado del curso de agua sólo está obligado a facilitar la información a la que tenga acceso, por

---

[164] Se hallarán listas ilustrativas de esas entidades y análisis de las mismas en: a) Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 382 y ss., documento A/CN.4/274, párrs. 382 a 398; b) las Actas de la Reunión interregional de organizaciones internacionales de cuencas fluviales, auspiciado por las Naciones Unidas y celebrada en Dakar (Senegal) del 5 al 14 de mayo de 1981, Naciones Unidas, Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales, Recursos Naturales/Serie del Agua No. 10 (número de venta: S.82.II.A.17), tercera parte; c) N. Ely y A. Wolman, "Administration", The Law of International Drainage Basins ..., op. cit., págs. 125 a 133; d) Naciones Unidas, Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: aspectos institucionales y jurídicos, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 1 (número de venta: S.75.II.A.2), anexo IV; e) T. Parnall y A.E. Utton, "The Senegal Valley Authority: A unique experiment in international river basin planning", Indiana Law Journal, vol. 51, 1975-1976, págs. 254 y ss.

Entre esos mecanismos administrativos se destacan, en África: la Comisión de la cuenca del lago Chad, la Autoridad de la cuenca del Níger (llamada antes Comisión del río Níger), la Comisión técnica mixta permanente de las aguas del Nilo (Egipto y Sudán), la Organización para la administración y desarrollo de la cuenca del Kagera; en América: el Comité intergubernamental coordinador de los países de la cuenca del Plata, la Comisión mixta internacional (Estados Unidos de América y Canadá), la Comisión internacional de límites y agua (Estados Unidos y México); en Asia: el Comité para la coordinación de las investigaciones de la cuenca del curso inferior del Mekong, la Comisión permanente del Indo (India y Pakistán), la Comisión fluvial mixta (India y Bangladesh), la Comisión del delta del Helmand (Afganistán e Irán); en Europa: la Comisión del Danubio, la Comisión internacional para la protección del Mosela contra la contaminación, la Comisión internacional para la protección del Rin contra la contaminación, la Comisión mixta finlando-soviética sobre la utilización de los cursos de agua fronterizos.

[165] En el párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki se emplea la expresión "pertinentes y adecuadas que tenga disponible"; véase ADI, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966.

ejemplo la que ya hubiera reunido para su propio uso o sea de fácil obtención[166]. En un caso concreto, el que los datos e información "sean fácilmente" asequibles dependerá de una evaluación objetiva de factores tales como el esfuerzo y el costo que pueda entrañar su difusión, teniendo en cuenta los pertinentes recursos humanos, técnicos, financieros y de otra índole del Estado del curso de agua que reciba la solicitud. El término "fácilmente", utilizado en los párrafos 1 y 2, tiene, pues, un significado que corresponde aproximadamente a la expresión "habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes" o a la palabra inglesa "feasible" más que, por ejemplo, a las palabras "racionalmente" o "lógicamente".

6) Salvo pacto en contrario, los Estados del curso de agua no tienen que elaborar los datos y la información que se han de intercambiar. Sin embargo, en virtud del párrafo 3 del artículo 9, han de hacer lo posible por proporcionar la información de manera que se facilite su utilización por los Estados que la reciben.

7) Ejemplos de instrumentos en los que se emplea el término "disponible" con referencia a la información que se ha de facilitar son el Tratado sobre las aguas del Indo entre la India y el Pakistán de 1960[167] y la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986[168].

8) Los Estados del curso de agua han de intercambiar datos e información relativos al "estado" del curso de agua. Este término, que figura también en el artículo 11, tiene significado usual, refiriéndose en general al estado o las características vigentes del curso de agua. Como indican las palabras "en particular", los tipos de datos y de información mencionados, aunque en modo

---

[166] Véase el comentario al párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki, que dice:

> "La referencia a 'informaciones pertinentes y adecuadas que tenga disponibles' deja elucidado que el Estado ribereño en cuestión no puede ser obligado a suministrar información que no sea pertinente ni se le puede obligar a cargar con el gasto y la dificultad de obtener estadísticas y otros datos que no estén disponibles o que no sean de fácil obtención. La disposición del artículo no tiene por objeto prejuzgar la cuestión de si un Estado ribereño puede o no solicitar justificadamente a otro que le suministre información que no esté 'razonablemente disponible' si el primer Estado está dispuesto a costear el gasto de obtener la información deseada." (Ibíd., pág. 519).

[167] Véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 419, pág. 125. El párrafo 2 del artículo VII del Tratado dispone que una parte que proyecte construir obras de ingeniería que afecten materialmente a la otra parte

> "notificará sus planes a la otra parte y le suministrará los datos disponibles respecto de los trabajos que permitan a la otra parte informarse sobre la naturaleza, la magnitud y el efecto de los trabajos." (Subrayado añadido)

Véase el párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki y el comentario correspondiente, ADI, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966.

[168] Véase OIEA, Legal Series, No. 14, Viena 1987, pág. 1. En el apartado b) del artículo 2 de la Convención se requiere que se suministre la "información pertinente disponible con miras a reducir al mínimo las consecuencias radiológicas [...]".

alguno forman una lista exhaustiva, son los que se consideran más importantes a efectos de la utilización equitativa. Aunque en el artículo 9 no se menciona el intercambio de muestras, la Comisión reconoce que ello puede ser de gran utilidad práctica en algunas circunstancias y debe efectuarse en la forma oportuna.

9) Los datos y la información transmitidos a otros Estados del curso de agua deben comprender indicaciones acerca de los efectos sobre el estado del curso de agua de los presentes usos del mismo en el Estado que transmite la información. Los posibles efectos de los usos proyectados se tratan en los artículos 11 a 19.

10) En el párrafo 1 del artículo 9 se exige el intercambio regular, entre otras cosas, de datos e información de carácter "ecológico". La Comisión considera preferible este término a "ambiental", puesto que se refiere más concretamente a los recursos vivos del propio curso de agua. El término "ambiental" se consideró susceptible de una interpretación más amplia, lo que supondría la imposición de una carga demasiado pesada a los Estados del curso de agua.

11) Los Estados del curso de agua están obligados en virtud del párrafo 1 a intercambiar no sólo datos e información sobre el presente estado del curso de agua sino también las previsiones correspondientes. Este último requisito, al igual que el primero, está sujeto a la reserva de que "sean fácilmente accesibles" esas previsiones. Así, pues, los Estados del curso de agua no han de realizar esfuerzos especiales para cumplir esta obligación. Esas previsiones se referirán a cuestiones tales como las pautas meteorológicas y sus posibles efectos en los niveles y corrientes de agua; las condiciones previsibles del hielo; los posibles efectos a largo plazo de los usos actuales; y el estado o movimiento de los recursos vivos.

12) La exigencia del párrafo 1 se aplica incluso en los casos relativamente raros en que no haya ningún Estado del curso de agua que esté utilizando o que proyecte utilizar el curso de agua. Si los datos y la información relativos al estado del curso de agua son "fácilmente accesibles", la Comisión opina que exigir el intercambio de esos datos e información no sería excesivamente gravoso. De hecho, el intercambio de datos e información acerca de esos cursos de agua puede ayudar a los Estados a planear para el futuro y a satisfacer necesidades de desarrollo u otras necesidades.

13) El párrafo 2 se refiere a las solicitudes de datos e información de que razonablemente no pueda disponer el Estado del curso de agua al cual se le formulan. En esos casos el Estado de que se trata ha de hacer "lo posible" para atender la petición, es decir ha de actuar de buena fe y con ánimo de cooperación procurando facilitar los datos o la información que desee obtener el Estado del curso de agua solicitante.

14) Para que los datos y la información tengan utilidad práctica para los Estados del curso de agua, deben revestir una forma que les permita utilizarlos. Por consiguiente, en el párrafo 3 se exige a los Estados del curso de agua que hagan "lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización". El significado de la expresión "harán lo posible" se explica en el párrafo 13. La expresión "en su caso" se emplea para ofrecer una cierta flexibilidad que es conveniente por varias razones. En algunos casos, quizá no sea necesario elaborar los datos y la información para hacerla utilizable por otro Estado. En otros casos, esa elaboración puede ser necesaria para que el material sea utilizable por otros Estados, pero ello puede entrañar una carga excesiva para el Estado que lo proporciona.

15) En muchos acuerdos internacionales, declaraciones y resoluciones aprobados por organizaciones, reuniones y conferencias intergubernamentales y en muchos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales se ha reconocido la necesidad de reunir e intercambiar regularmente una amplia gama de datos e información respecto de los cursos de agua internacionales[169]. Ejemplo de un acuerdo que contiene una disposición general sobre el intercambio regular de datos e información es el Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas, entre Polonia y la Unión Soviética, de 1964[170], que dispone en el párrafo 1 de su artículo 7.

> 1. Las partes contratantes establecerán los principios de cooperación que regirán el intercambio regular de información y pronósticos hidrológicos, hidrometeorológicos e hidrogeológicos relativos a las aguas fronterizas y decidirán el alcance, los problemas y los métodos para llevar a cabo las mediciones y observaciones y para elaborar los resultados y asimismo los lugares y el momento en que se realizará el trabajo.

Otros ejemplos de acuerdos que contienen disposiciones sobre el intercambio de datos e información son el Tratado sobre las aguas del Indo, entre la India y el Pakistán, de 1960[171] (art. VI), el Tratado entre los Estados Unidos de América y México, de 1944[172] (apartado j) del artículo 9), el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre la navegación y transporte por el Níger, de 25 de noviembre de 1964[173] (apartado c) del artículo 2), y el Acuerdo relativo a los ríos fronterizos, entre Finlandia y Suecia, de 16 de septiembre de 1971[174] (cap. 9, art. 3).

16) El intercambio regular de datos e información es particularmente importante para la protección eficaz de los cursos de agua internacionales, la preservación de la calidad del agua y la prevención de la contaminación. Así se reconoce en diversos convenios internacionales, declaraciones y resoluciones, y estudios[175]. Ejemplo de ello es, el Principio 11 a) de los "Principios relativos a la cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas", adoptados por la CEPE en 1987[176].

---

[169] El cuarto informe del anterior Relator Especial contiene un estudio de las disposiciones pertinentes de estos instrumentos, Anuario ... 1988, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrs. 15 a 26. Véase también el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974.

[170] Véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 552, pág. 175.

[171] Ibíd., vol. 419, pág. 125.

[172] Ibíd., vol. 3, pág. 313.

[173] Ibíd., vol. 587, pág. 19.

[174] Ibíd., vol. 825, pág. 191.

[175] Véanse los ejemplos citados en el cuarto informe del Relator Especial, Anuario ... 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

[176] Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte). Los Principios están limitados en virtud de su preámbulo al control de las inundaciones y la prevención y control de la contaminación.

17) En resumen, el intercambio regular por los Estados del curso de agua de datos e información relativos al estado del curso de agua proporciona a esos Estados los elementos necesarios para cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 5 a 7, así como para sus propios fines de planificación. Si el artículo 9 se refiere al intercambio de datos e información con carácter regular, los artículos de la Parte III, que sigue, tratan del envío de información con carácter especial, a saber, con respecto a las medidas proyectadas.

Artículo 10

Relación entre las diferentes clases de usos

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Comentario

1) En el artículo 10 se enuncia el principio general de que ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos. Este artículo se refiere también al caso de conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional.

2) Como es frecuente que, por acuerdo o costumbre, los Estados asignen prioridad a un uso o a un tipo de usos particulares, el párrafo 1 está concebido como una norma de carácter supletorio. Así, en la oración inicial del párrafo se hace una salvedad respecto de toda prioridad establecida mediante "pacto o costumbre" entre los Estados del curso de agua interesados. El término "pacto" se emplea en un sentido lato y abarca, por ejemplo, cualquier arreglo o modus vivendi a que hayan llegado los Estados del curso de agua. Además, su alcance no se limita a los "acuerdos de curso de agua" pues es posible que determinados usos, por ejemplo la navegación, sean objeto de acuerdos de otro tipo, como los tratados de amistad. El término "costumbre" apunta a situaciones en las que, si bien no existe un "pacto" entre los Estados del curso de agua, la tradición o la práctica han consagrado la prioridad de un uso particular. Asimismo, la afirmación de que ningún uso "tiene en sí prioridad" significa que no hay nada en la naturaleza de un determinado tipo o categoría de usos que haga suponer una prelación o que le dé prelación intrínseca sobre otros, de modo que los Estados del curso de agua pueden libremente asignar prioridad a un uso específico respecto de un determinado curso de agua internacional. Esto es igualmente valedero respecto de los usos de la navegación que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos "en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta".

3) El párrafo 2 se refiere al caso de que exista conflicto o interferencia entre los diferentes usos de un curso de agua internacional sin que se haya establecido una prioridad mediante pacto o costumbre. En este caso, el párrafo 2 establece que la situación se resolverá sobre la base de los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, "teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales". Por

consiguiente, en el sentido de este artículo, un "conflicto" entre varios usos sólo podrá surgir en el caso de que los Estados del curso de agua interesados no hayan establecido, mediante un pacto o por la fuerza de la costumbre, un sistema de prioridad de los usos u otro medio de armonizarlos. Cabe destacar que el párrafo se refiere a un "conflicto" entre usos de un curso de agua internacional y no a un conflicto o controversia entre Estados del curso de agua[177].

4) Con arreglo al párrafo 2, los principios y factores que han de tenerse 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. Los factores que han de tenerse en cuenta en virtud del artículo 6 deben guardar relación con el curso de agua internacional de que se trate. Sin embargo, al decidir de qué manera se resolverá el conflicto, los Estados del curso de agua deben tener en cuenta "especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales". Esto es, se debe prestar especial atención a cuestiones como el abastecimiento de agua suficiente para las necesidades de la vida humana, 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 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[178], 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"[179]. En el mismo año, la Asociación de Derecho Internacional llegó también a la conclusión de que ningún uso individual gozaba de prioridad general. El artículo VI de las Normas de Helsinki dispone que "un uso o categoría de usos no entraña el derecho a ninguna preferencia inherente sobre

---

[177] Véase también el párrafo 9 del comentario al artículo 5.

[178] Ejemplo de esta posición es el párrafo 1 del artículo 10 de la Convención y Estatuto de Barcelona de 1921 sobre el régimen de los cursos de agua navegables de interés internacional, 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, pág. 366.

[179] 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.

cualquier otro uso o categoría de usos"[180]. La importancia de mantener suficiente flexibilidad para asegurar un suministro de agua dulce bastante para satisfacer las necesidades humanas en el próximo siglo se destacó recientemente en la "Declaración de Delft". En esta Declaración, aprobada en un simposio celebrado en Delft, Países Bajos, del 3 al 5 de junio de 1991, bajo el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se señala que en el año 2000 casi la mitad de la población mundial vivirá en ciudades. Se hace referencia al "temible" problema de satisfacer las necesidades de agua de áreas metropolitanas "en explosión", "dada la necesidad igualmente creciente de agua para la agricultura de regadío y los problemas derivados de la contaminación urbana e industrial". Los expertos en recursos hídricos presentes en el simposio llegaron a la conclusión de que para satisfacer las necesidades humanas de agua "de un modo sostenible, han de tomarse medidas avanzadas para proteger y conservar el agua y los recursos ambientales"[181]. 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 III

MEDIDAS PROYECTADAS

Artículo 11

Información sobre las medidas proyectadas

Los Estados del curso de agua intercambiarán información y se consultarán acerca de los posibles efectos de las medidas proyectadas sobre el estado de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 11 sirve de introducción a los artículos de la parte III del proyecto y establece un vínculo entre dicha parte, que regula el intercambio de información sobre las medidas proyectadas, y la parte II, que incluye el artículo 9, sobre el intercambio regular de datos e información.

2) El artículo 11 establece la obligación general de los Estados del curso de agua de intercambiar información acerca de los posibles efectos que las medidas que proyectaran ejecutar pudieran tener sobre el Estado del curso de agua. El artículo exige también que los Estados se consulten acerca de los posibles efectos de dichas medidas.

3) La expresión "posibles efectos" comprende todos los efectos potenciales, tanto perjudiciales como beneficiosos, de las medidas proyectadas. Por consiguiente, el artículo 11 tiene un alcance más amplio que los artículos 12 y siguientes, relativos a las medidas proyectadas que pudieran causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua.

---

[180] Asociación de Derecho Internacional, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, pág. 491.

[181] La Declaración de Delft figura como anexo a un comunicado de prensa del PNUD, Ginebra, 10 de junio de 1991.

En efecto, los Estados del curso de agua están interesados en recibir información no sólo sobre los efectos negativos de las medidas proyectadas, sino también sobre los positivos. Por lo demás, la exigencia de intercambiar información y celebrar consultas sobre todos los efectos posibles elimina los problemas que conlleva la determinación unilateral de la naturaleza real de dichos efectos.

4) El término "medidas" debe entenderse en sentido amplio, por lo que engloba tanto los nuevos proyectos o programas de mayor o menor importancia como las modificaciones de los usos existentes del curso de agua internacional.

5) En el comentario al artículo 12 se citan algunos ejemplos de instrumentos y decisiones que establecen una norma similar a la que enuncia el artículo 11.

Artículo 12

Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial

El Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas.

Comentario

1) El artículo 12 es el primero de una serie de artículos sobre las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua. Estos artículos establecen las reglas de procedimiento encaminadas a ayudar a los Estados del curso de agua a mantener un equilibrio equitativo entre sus respectivos usos del curso de agua internacional. Se confía en que esta serie de procedimientos contribuya a evitar controversias derivadas de nuevos usos de los cursos de agua.

2) El criterio para activar los procedimientos previstos en los artículos 12 a 19 es que las medidas proyectadas por un Estado del curso de agua puedan causar un "efecto perjudicial sensible" a otros Estados del curso de agua[182]. Debe entenderse que el umbral establecido por esta norma es más bajo que el determinante de los "daños sensibles" a los que se refiere el artículo 7. Así, un "efecto perjudicial sensible" puede no alcanzar el nivel de "daño

---

[182] El "Proyecto de 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", aprobado por el Grupo de Trabajo de expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados y adoptado por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978 (decisión 6/14, de 19 de mayo de 1978), define la expresión "afectar sensiblemente" aclarando que "se refiere a todos los efectos apreciables sobre un recurso natural compartido y excluye los efectos de minimis". Para el texto del proyecto de principios, véase UNEP/IG.12/2, anexo al documento UNEP/GC.6/17; para el texto definitivo, véase PNUMA, Derecho Ambiental, Líneas Directrices y Principios, No. 2, Recursos naturales compartidos (Nairobi, 1978).

sensible" en el sentido del artículo 7. Los "daños sensibles" no pueden utilizarse como criterio adecuado para activar los procedimientos regulados por los artículos 12 a 19, porque ello significaría que los procedimientos se iniciarían sólo cuando la ejecución de las nuevas medidas pudiera entrañar una conducta incluida en el artículo 7, de lo que podría deducirse que todo Estado del curso de agua que notificara medidas proyectadas estaría admitiendo que dichas medidas podrían causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua, con arreglo a una conducta incluida en el artículo 7. Para evitar esta situación se utiliza el criterio del "efecto perjudicial sensible".

3) La expresión "ejecutar o permitir la ejecución de" tiene por objeto aclarar que el artículo 12 abarca no sólo las medidas proyectadas por el Estado sino también las proyectadas por entidades privadas. La palabra "permitir" se utiliza en su sentido amplio, englobando tanto "tolerar" como "autorizar". Por consiguiente, cuando quien proyecta las medidas es una entidad privada, el Estado del curso de agua de que se trate está obligado a no autorizar a dicha entidad a ejecutar las medidas, o, en su caso, a no permitirle que siga ejecutándolas, antes de notificarlo a otros Estados del curso de agua con arreglo al artículo 12. Debe entenderse que las referencias a la "ejecución" de las medidas proyectadas[183] en posteriores artículos engloban el hecho de que se permita dicha ejecución.

4) El término "oportunamente" significa que la notificación ha de tener lugar antes de que el proyecto haya alcanzado una fase demasiado avanzada para que puedan celebrarse, si fuera necesario, las consultas y negociaciones a que se refieren los artículos siguientes. Como ejemplo de tratado en el que se incluye un requisito de esta naturaleza cabe citar el Acuerdo que regula la toma de agua del lago de Constanza, entre Austria, la República Federal de Alemania y Suiza, de 30 de abril de 1966[184], en cuyo artículo 7 se establece que "los Estados ribereños deberán, antes de autorizar [una determinada] toma de agua, darse mutuamente y en momento oportuno la posibilidad de expresar sus opiniones".

5) El propósito de la referencia a los datos técnicos y la información "disponibles" es indicar que el Estado notificante no está obligado, en general, a realizar investigaciones adicionales a petición de un Estado potencialmente afectado, sino que sólo debe proporcionar los datos e información pertinentes que se hubieran reunido en relación con el uso proyectado y de los que pudiera disponer sin dificultad. (El significado del término "disponibles" se analiza también en los párrafos 5 a 7 del comentario al artículo 9.) Si el Estado al que se haga la notificación deseara información de la que no pudiera disponer fácilmente, y que estuviera exclusivamente en posesión del Estado notificante, sería deseable que el primero de esos Estados ofreciera al último indemnizarle por los gastos en que incurriera para reunir la información solicitada. Tal como se establece en el artículo 31, el Estado notificante no está obligado a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. En el párrafo 7 del comentario al artículo 9 se citan ejemplos de instrumentos que utilizan el término "disponibles" en relación con la información que ha de proporcionarse.

6) El principio de la notificación de las medidas proyectadas está consagrado en diversos acuerdos internacionales, decisiones de tribunales internacionales,

---

[183] Véase párrafo 2 del artículo 15, artículo 16 y párrafo 1 del artículo 19, infra.

[184] Entró en vigor el 25 de noviembre de 1967 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 620, pág. 191).

declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional[185]. Como ejemplo de tratado que contiene una disposición de esta naturaleza cabe citar el Convenio relativo a determinadas cuestiones de economía hidráulica concernientes al Drave, entre Yugoslavia y Austria, de 25 de mayo de 1954 (art. 4)[186]. Otros convenios similares son el Tratado de Bayona de 1866 (Tratado de límites entre España y Francia) y su Acta adicional[187] (artículo XI del Acta); la Convención relativa al estatuto del río Senegal, de 1972[188] (art. 4); la Convención sobre la protección del lago de Constanza contra la contaminación, de 1960[189] (art. 1, párr. 3); el Tratado sobre las aguas del Indo entre la India y el Pakistán, de 1960[190] (art. VII, párr. 2), y la Convención relativa al aprovechamiento de fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados, de 9 de diciembre de 1923[191] (art. 4).

7) En varios acuerdos se prevé la notificación y el intercambio de información con respecto a nuevos proyectos o usos mediante un mecanismo institucional establecido para facilitar la gestión de un curso de agua. Un ejemplo lo constituye el Estatuto del río Uruguay, de 1975[192], concertado por la Argentina y el Uruguay, que contiene disposiciones detalladas sobre los requisitos de notificación, el contenido de la notificación, el plazo para presentar objeciones y el procedimiento aplicable en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el proyecto propuesto[193]. Entre los acuerdos que regulan la notificación de las medidas proyectadas por medio de un órgano conjunto cabe

---

[185] Estas fuentes se analizan en el tercer informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1987, vol. II (primera parte), págs. 29 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párrs. 63 a 87, y pág. 46, anexo II.

[186] Entró en vigor el 15 de enero de 1955 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 227, pág. 111).

[187] Las disposiciones pertinentes del Acta adicional a los Tratados de límites de 2 de diciembre de 1856, 14 de abril de 1862 y 26 de mayo de 1866 (ratificada el 12 de julio de 1866) se reproducen en International Law Reports, 1957 (Londres), vol. 24 (1961), págs. 102 a 105 (véase también la página 138); figuran resumidas en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 180, documento A/5409, párrs. 895 a 902. Este acuerdo fue interpretado y aplicado en el asunto del Lago Lanós.

[188] Véase Treaties Concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes Than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13.

[189] Véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 3, pág. 313.

[190] Véase Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 419, pág. 125.

[191] Entró en vigor el 30 de junio de 1925 (Sociedad de las Naciones, Treaty Series, vol. XXXVI, pág. 75).

[192] Véanse los artículos 7 a 12 del Estatuto; Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1830-1980 (Montevideo 1981), pág. 593.

[193] Véase también el capítulo XV del Estatuto (art. 60), que se refiere a la solución judicial de controversias, y capítulo XIV (arts. 58 y 59) donde se prevé un procedimiento de conciliación.

citar también el régimen del río Níger[194] y el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, entre la Argentina y el Uruguay, de 19 de noviembre de 1973[195] (art. 17).

8) En el laudo arbitral dictado en el asunto del Lago Lanós[196] se hace amplia referencia a la cuestión de la notificación sobre las medidas proyectadas. Entre las conclusiones pertinentes del tribunal arbitral cabe destacar las siguientes: a) por lo menos en el contexto de los hechos del caso, el derecho internacional no exige un previo acuerdo entre el Estado ribereño del curso superior y el Estado ribereño del curso inferior respecto de un uso nuevo proyectado, sino que se recurre "preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la conclusión de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas"[197]; b) conforme a las tendencias entonces corrientes en la práctica internacional respecto del aprovechamiento hidroeléctrico, "es preciso tener en cuenta, cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso de que no estén protegidos por un derecho"[198]; c) "el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios"[199]; d) existe una "íntima relación entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otro"[200]. Francia, en efecto, había consultado con España antes de iniciar el proyecto de desviación en litigio, en atención de la reclamación de España de que tenía derecho a la notificación previa en virtud del artículo 11 del Acta adicional al Tratado de Bayona, de 1866[201].

9) En diversas declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales se reconoce la necesidad de la

---

[194] Véase el artículo 4 del Acta de Niamey de 1963, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 587, pág. 9 y el artículo 12 del Acuerdo sobre la Comisión del Níger, de 1964, Naciones Unidas, ibíd., vol. 589, pág. 19.

[195] Entró en vigor el 12 de febrero de 1974 (INTAL, Derecho de la Integración, Buenos Aires, vol. VII, No. 15, marzo de 1974, pág. 225; International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XIII (1974), pág. 251; resumido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 324 y ss., documento A/CN.4/274, párrs. 115 y ss.

[196] Véase Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, pág. 281.

[197] Párrafo 11 (tercer apartado) de la sentencia (Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 209, documento A/5409, párr. 1065).

[198] Párrafo 22 (segundo apartado) de la sentencia (ibíd., pág. 198, párr. 1068).

[199] Párrafo 22 (tercer apartado) de la sentencia (ibíd.).

[200] Párrafo 24 (penúltimo apartado) de la sentencia (ibíd.).

[201] Véase International Law Reports, 1957, vol. 24 (1961), págs. 102 a 105.

notificación previa de las medidas proyectadas. En la recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en 1972[202], figura el siguiente principio relativo a la notificación de nuevos usos proyectados:

> Que los países acuerden que cuando se trate de llevar a cabo actividades importantes relativas a los recursos hidráulicos que puedan tener considerables efectos ambientales en otro país, ese hecho deberá notificarse al otro país mucho antes de que den comienzo las actividades previstas;

10) La Séptima Conferencia Internacional Americana había aprobado anteriormente la Declaración de Montevideo[203] que prevé no sólo la notificación anticipada de obras proyectadas, sino también el consentimiento previo respecto de alteraciones que pudieran resultar perjudiciales[204]. Como ejemplos de disposiciones análogas cabe citar el "Principio de información y consulta", anexo a los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza" aprobados por el Consejo de la OCDE en 1974[205] y las recomendaciones sobre "cooperación regional" aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en 1977[206].

11) En diversos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional pueden hallarse también disposiciones sobre notificación de las medidas proyectadas[207].

12) Contienen disposiciones sobre notificación previa de las medidas proyectadas, por ejemplo, el proyecto de convención revisado sobre el uso industrial y agrícola de ríos y lagos internacionales, aprobado por el Comité

---

[202] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.73.II.A.14 y corrección, primera parte, cap. II.B.

[203] Véase Conferencias Internacionales Americanas, Primer Suplemento 1933-1940, (1940), pág. 109.

[204] Véanse los párrafos 6 a 8 de la Declaración. En el párrafo 9 de la Declaración se prevé el arreglo de cualesquiera divergencias que no se hubieren podido resolver por la vía diplomática, la conciliación y, en última instancia, el procedimiento de cualquiera de las convenciones vigentes en América. Debe observarse que Bolivia y Chile reconocieron que la Declaración estipulaba obligaciones aplicables a la controversia entre ambos Estados sobre el río Lauca (véase Consejo de la OEA, documentos OEA/SER.G/VI, C/INF.47 (15 y 20 de abril de 1962) y OEA/SER.G/VI, C/INF.50 (19 de abril de 1962)).

[205] Recomendación C(74)224, aprobada por el Consejo de la OCDE el 14 de noviembre de 1974 (OCDE, OECD and the Environment, París, 1986, pág. 142).

[206] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977, publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.77.II.A.12, primera parte, cap. I, págs. 51 y 52, especialmente recomendación 86 g).

[207] Las disposiciones pertinentes de los instrumentos citados se presentan in extenso en el tercer informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1987, vol. II (primera parte), págs. 33 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párrs. 81 a 87.

Jurídico Interamericano en 1965[208] (especialmente arts. 8 y 9); el proyecto de propuestas revisado presentado al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano en 1973 por su Subcomité encargado de estudiar el derecho de los ríos internacionales[209] (especialmente el párrafo 2 de la propuesta IV, y la propuesta X); la resolución sobre el "Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)" aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1961[210] (arts. 4 a 9); la resolución sobre el uso de los ríos internacionales aprobada por la Federación Interamericana de Abogados en su Décima Conferencia, en 1957[211] (párr. I.3); las Normas de Helsinki aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966[212] (art. XXIX); los artículos sobre "Regulación del caudal de los cursos de aguas internacionales" aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en 1980[213] (arts. 7 y 8); las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas por la Asociación en 1982[214] (arts. 5 y 6)[215]; y el "Proyecto de 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", elaborado por el Grupo de Trabajo

---

[208] Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la labor realizada durante la reunión de 1965 (OEA/Ser.I/VI.1, CIJ-83), Washington (D.C.), 1966, págs. 7 a 10; texto reproducido parcialmente en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 381 y 382, documento A/CN.4/274, párr. 379.

[209] Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, Report of the Fourteenth Session held at New Delhi (10 a 18 de enero de 1973), Nueva Delhi, págs. 99 y ss.; texto reproducido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), págs. 368 y 369, documento A/CN.4/274, párr. 367.

[210] Véase Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, vol. 49-II, págs. 381 a 384.

[211] Federación Interamericana de Abogados, Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957, Buenos Aires, 1958, págs. 82 y 83; reproducido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 221, documento A/5409, párr. 1092.

[212] Véase Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, vol. 49-II, págs. 381 a 384.

[213] Para el texto de los artículos, con introducción y comentario del Relator, E. J. Manner, véase ADI, Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980, Londres, 1982, págs. 362 y ss. La expresión "regulación" se definió en el artículo 1 como

> "medidas permanentes destinadas a controlar, moderar, aumentar o modificar el caudal de las aguas de un curso de agua internacional para cualquier finalidad; dichas medidas pueden incluir el embalse, vertimiento y desvío del agua mediante presas, embalses, diques y canales."

[214] ADI, Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982, Londres, 1983 págs. 535 y ss. La Asociación ha preparado otros estudios que son pertinentes en relación con el presente tema. Véanse, por ejemplo, las Normas de derecho internacional aplicables a la contaminación transfronteriza, aprobadas también en la Conferencia de Montreal en 1982 (ibíd., págs. 1 a 3 (art. 3), párr. 1).

[215] Véase también artículo 3.

Intergubernamental de Expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados y aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978[216] (Principios 6 y 7).

13) El anterior análisis de las fuentes tiene carácter exclusivamente ilustrativo, pero pone de manifiesto la importancia que los Estados y los órganos especializados atribuyen al principio de la notificación previa de las medidas proyectadas. Los procedimientos que han de seguirse tras la notificación conforme al artículo 12 son objeto de los artículos 13 a 17.

Artículo 13

Plazo para responder a la notificación

A menos que se hubiere acordado otra cosa

a) El Estado del curso de agua que haga la notificación a que se refiere el artículo 12 dará a los Estados a los que se haga esa notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas y comunicarle sus conclusiones;

b) Ese plazo se prorrogará a petición de uno de los Estados destinatarios de la notificación al que la medida proyectada cause dificultades especiales, por un período que no excederá de seis meses.

Comentario

1) El envío de una notificación en virtud del artículo 12 tiene dos efectos, que se regulan en los artículos 13 y 14. El primero, objeto del artículo 13, es que empieza a contar el plazo para responder a la notificación. El segundo efecto, objeto del artículo 14, es que nacen para el Estado que hace la notificación las obligaciones especificadas en ese artículo.

2) Para conocer plenamente los efectos del artículo 13 es necesario hacer una breve referencia a las disposiciones de varios artículos ulteriores. El apartado a) del artículo 13 ofrece al Estado o Estados a los que se haga la notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas. El apartado b) del artículo 13 reconoce que en casos excepcionales un Estado al que se ha hecho la notificación puede necesitar más tiempo para responder. El Estado que desee esa prórroga deberá mencionar las "dificultades especiales" que exija la prórroga. Durante el período para responder a la notificación el artículo 14 requiere que el Estado que haga la notificación, entre otras cosas, no proceda a la ejecución de sus planes sin el consentimiento del Estado al que se hace la notificación. En todo caso, el párrafo 1 del artículo 15 exige al Estado al que se ha hecho la notificación que responda lo antes posible teniendo en cuenta de buena fe los intereses del Estado notificante en proceder a ejecutar sus planes. Por supuesto, el Estado al que se ha hecho la notificación puede responder después de transcurrido el plazo aplicable, pero esa respuesta no puede surtir el efecto de impedir que el Estado notificante proceda a ejecutar sus planes, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 16. Este artículo autoriza al Estado notificante a iniciar la ejecución si no recibe respuesta en el plazo de seis meses.

---

[216] Véase Derecho ambiental, Líneas Directrices y Principios, No. 2, Recursos Naturales Compartidos (Nairobi, 1978).

3) La Comisión examinó la posibilidad de utilizar una norma general para la determinación del plazo de respuesta, como "un plazo razonable"[217] en lugar de un plazo fijo como el de seis meses[218]. No obstante, llegó a la conclusión de que un plazo fijo, aunque necesariamente un tanto arbitrario, redundaría en definitiva en beneficio de ambos Estados, el que hace la notificación y el que la recibe. Una norma general sería más flexible y adaptable a diferentes situaciones, pero su incertidumbre inherente podría al mismo tiempo originar controversias entre los Estados interesados. Todas estas consideraciones ponen de manifiesto la necesidad de que los Estados del curso de agua se pongan de acuerdo sobre un plazo apropiado al caso de que se trate, habida cuenta de todos los hechos y circunstancias pertinentes. En realidad, la cláusula inicial del artículo 13, "A menos que se hubiere acordado otra cosa", tiene por objeto subrayar que en cada caso los Estados pueden y deben convenir en un plazo adecuado. El plazo de seis meses para la respuesta y la prórroga de seis meses del plazo de respuesta previstos en el artículo 13 son, pues, supletorios, y sólo se aplican en ausencia de acuerdo entre los Estados interesados con respecto a otro plazo.

Artículo 14

Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta

Durante el plazo a que se refiere el artículo 13, el Estado notificante cooperará con los Estados a los que se haga la notificación facilitándoles, cuando se lo pidan, cualesquiera otros datos e información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa, y no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación.

Comentario

1) Como indica su título, el artículo 14 trata de las obligaciones del Estado notificante durante el plazo especificado en el artículo 13 para responder a una notificación efectuada con arreglo al artículo 12. Estas obligaciones son dos. La primera es la obligación de cooperar, que toma la forma específica del deber de facilitar al Estado o Estados a los que se ha hecho la notificación, previa solicitud, "cualesquiera otros datos o información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa" de los posibles efectos de las medidas proyectadas. Esos datos e información serían "adicionales" a los que ya se hubieran facilitado en virtud del artículo 12. El significado de la expresión "de que disponga" se examina en el párrafo 5 del comentario al artículo 12.

---

[217] Entre los instrumentos que utilizan este tipo de norma figuran la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre el "Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)" Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, vol. 49-II, págs. 381 a 384 (art. 6), y las Normas de Helsinki (Asociación de Derecho Internacional, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, págs. 484 y ss.), art. XXIX, párr. 3.

[218] Un instrumento en el que se emplea un plazo de seis meses es el Estatuto del río Uruguay, de 1975 (Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1930-1980 (1981) pág. 593), art. 8.

2) La segunda obligación del Estado notificante en virtud del artículo 14 es no ejecutar ni permitir "la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación". La frase "no ejecutará ni permitirá la ejecución de" se examina en el párrafo 3 del comentario al artículo 12 y tiene el mismo significado que en ese artículo. Quizá huelga decir que esta segunda obligación es un elemento necesario de los procedimientos previstos en la parte III del proyecto puesto que esos procedimientos tienen por objeto mantener un estado de cosas caracterizado por la expresión "utilización equitativa", con arreglo al significado del artículo 5. Si el Estado notificante procediera a la ejecución antes de que el Estado al que se haya hecho la notificación haya tenido la oportunidad de evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas e informar al Estado notificante de sus conclusiones, este Estado no tendría a su disposición toda la información que necesitaría para poder cumplir los artículos 5 a 7. El deber de no proceder a la ejecución tiene por objeto, pues, ayudar a los Estados del curso de agua a cerciorarse de que las medidas que proyectan no serán incompatibles con las obligaciones que les imponen los artículos 5 y 7.

Artículo 15

Respuesta a la notificación

1. Los Estados a los que se haya hecho la notificación comunicarán lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante.

2. El Estado al que se haya hecho la notificación, si llegare a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, comunicará al Estado notificante, dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13, esa conclusión a la que acompañará una exposición documentada de las razones en que aquélla se funde.

Comentario

1) El artículo 15 se refiere a las obligaciones del Estado o los Estados a los que se haya hecho la notificación con respecto a sus respuestas a la notificación prevista en el artículo 12. Al igual que en el caso del artículo 14, son dos las obligaciones. La primera, contenida en el párrafo 1, es comunicar al Estado notificante "lo antes posible" las conclusiones relativas a los posibles efectos de las medidas proyectadas. Como se explica en el párrafo 2 del comentario al artículo 13, esta comunicación debe hacerse dentro del plazo de seis meses fijado en el artículo 13 o, en el caso de que el Estado al que se haya hecho la notificación solicite una prórroga debido a circunstancias especiales, dentro de esa prórroga, es decir, seis meses, con el fin de que el Estado al que se ha hecho la notificación tenga derecho a solicitar una nueva suspensión de la ejecución en virtud del párrafo 3 del artículo 17. Sin embargo, si el Estado al que se ha hecho la notificación completa su evaluación en menos de seis meses, o en menos de los seis meses adicionales cuando se solicite una prórroga el párrafo 1 del artículo 15 le obligaría a informar inmediatamente al Estado notificante de sus conclusiones. La conclusión de que las medidas proyectadas serían compatibles con los artículos 5 y 7 pondría fin a los procedimientos en virtud de la parte III del proyecto y el Estado notificante podría proceder sin demora a ejecutar sus planes. No obstante, aun cuando se llegase a la conclusión contraria, la pronta comunicación de esa conclusión al Estado notificante permitiría aplicar con más rapidez los procedimientos aplicables conforme al artículo 17.

2) El párrafo 2 trata de la segunda obligación de los Estados a los que se ha hecho la notificación. Pero esta obligación sólo nace con respecto a un Estado al que se haya hecho la notificación que llegue "a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7". Es decir, la obligación es resultado de la conclusión de que la ejecución de los planes supondría el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 5 o del artículo 7. (Como se indica en el párrafo 3 del comentario de artículo 12, el término "ejecución" se aplica a las medidas proyectadas por particulares así como a las proyectadas por el propio Estado.) El párrafo 2 del artículo 15 exige al Estado que haya recibido la notificación y que haya llegado a esa conclusión que presente al Estado notificante, dentro del plazo de seis meses fijado en el artículo 13, una exposición que explique tal conclusión. Esa exposición debe ser "documentada", es decir debe estar apoyada en una indicación de los fundamentos de hecho o de otro tipo de la conclusión, y deben incluirse en ella las razones por las cuales el Estado notificado ha llegado a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas violaría los artículos 5 y 7[219]. Se ha utilizado la palabra "sería" en lugar de otros términos, como "podría ser", para indicar que el Estado al que se haya hecho la notificación debe llegar a la conclusión de que la violación de los artículos 5 ó 7 es más que una mera posibilidad. La razón de que estos requisitos sean tan estrictos es que una comunicación como la descrita en el párrafo 2 permite a un Estado al que se haya hecho la notificación solicitar, en cumplimiento del párrafo 3 del artículo 17, una nueva suspensión de la aplicación de las medidas proyectadas de que se trate. Este efecto de la comunicación justifica los requisitos del párrafo 2 de que el Estado al que se haya hecho la notificación dé pruebas de su buena fe demostrando que ha llevado a cabo una evaluación seria y meditada de los efectos de las medidas proyectadas.

Artículo 16

Falta de respuesta a la notificación

1. El Estado notificante, si no recibe dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13 ninguna de las comunicaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15, podrá iniciar, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, la ejecución de las medidas proyectadas, de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación.

2. Podrán deducirse de toda reclamación de indemnización de un Estado al que se haya hecho la notificación sin que haya formulado respuesta los costos en que haya incurrido el Estado notificante en concepto de medidas adoptadas tras la expiración del plazo de respuesta y que no habría adoptado si el Estado al que se haya hecho la notificación hubiera presentado una objeción dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13.

---

[219] Una obligación similar figura en el artículo 11 del Estatuto del río Uruguay de 1975 Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1930-1980 (Montevideo, 1931), pág. 593, que dispone que la comunicación de la parte notificada "deberá precisar cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible ... al régimen del río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permitan llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiera al proyecto o programa de operación".

Comentario

1) El artículo 16 trata de los casos en que el Estado notificante, durante el plazo aplicable a tenor del artículo 13, no recibe comunicación alguna de las previstas en el párrafo 2 del artículo 15, es decir una comunicación en la que se indique que las medidas proyectadas serían incompatibles con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, y se proporcione una explicación de esa conclusión. En tal caso el Estado notificante puede ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas, con sujeción a dos condiciones. La primera es que los planes se ejecuten "de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación" con arreglo a los artículos 12 y 14. La razón de esta condición es que el silencio de un Estado al que se haya hecho la notificación con respecto a las medidas proyectadas únicamente puede considerarse como consentimiento tácito en relación con cuestiones señaladas a su atención. La segunda condición es que la aplicación de las medidas proyectadas sea compatible con las obligaciones del Estado notificante en virtud de los artículos 5 y 7.

2) La idea en que se basa el artículo 16 es que el Estado al que se haya hecho la notificación, si no da una respuesta con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 dentro del plazo fijado, entre otras cosas, no puede acogerse a los beneficios del régimen de protección establecido en la parte III del proyecto. El Estado notificante puede iniciar entonces la ejecución de sus planes, con sujeción a las condiciones mencionadas en el párrafo 1 del presente comentario. Permitir que el Estado notificante pueda proceder en tales casos es un importante aspecto del equilibrio que se trata de establecer en los presentes artículos entre los intereses del Estado notificante y el Estado al que se haya hecho la notificación.

3) El objeto del párrafo 2 es evitar que las consecuencias de la falta de respuesta por parte del Estado al que se ha hecho la notificación recaigan por entero en el Estado notificante. Este párrafo surte el efecto de determinar que los costos en que haya incurrido el Estado notificante al llevar adelante sus planes basándose en la falta de respuesta del Estado al que se ha hecho la notificación podrán deducirse de cualesquiera reclamaciones de este último Estado. Se decidió que autorizar expresamente contrarreclamaciones por parte de un Estado notificante (es decir, reclamaciones además de las presentadas por el Estado al que se ha hecho la notificación) podría resultar excesivamente oneroso en algunos casos. En el caso sumamente improbable de que haya varios Estados a los que se haya hecho la notificación que no hayan respondido pero que denuncien daños, la deducción tendría que distribuirse entre ellos a prorrateo sobre la base de la proporción de sus respectivas reclamaciones entre sí.

Artículo 17

Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas

1. En caso de que se haga una comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante y el Estado autor de la comunicación iniciarán consultas y, si es necesario, negociaciones para llegar a una solución equitativa.

2. Las consultas y negociaciones se celebrarán con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado notificante no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un plazo que no excederá de seis meses, si el Estado a que se haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que haga la comunicación.

Comentario

1) El artículo 17 trata de los casos en que se ha hecho una comunicación a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15, es decir una comunicación en la que el Estado al que se haya hecho la notificación concluye que "la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7".

2) El párrafo 1 del artículo 17 obliga al Estado notificante a iniciar consultas y si es necesario negociaciones con un Estado que haga una comunicación con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 "para llegar a una solución equitativa". Algunos miembros apreciaban una distinción entre consultas y negociaciones. Por ello se empleó la expresión "si es necesario" para subrayar que las consultas, de efectuarse, podrían a veces resolver las cuestiones y por lo tanto no siempre habían de ir seguidas de negociaciones. La situación para la que hay que encontrar una solución es la que se produce cuando el Estado al que se haya hecho la notificación concluye de buena fe que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las obligaciones del Estado notificante en virtud de los artículos 5 y 7. La "solución equitativa" a que se hace referencia en el párrafo 1 puede consistir, por ejemplo, en la modificación de los planes para eliminar sus aspectos potencialmente perjudiciales, el reajuste de otros usos que hagan cualquiera de los Estados, o la concesión por el Estado notificante de una compensación monetaria o de otra índole aceptable para el Estado al que se haya hecho la notificación. En varios acuerdos internacionales[220] y decisiones de cortes y tribunales internacionales[221] se han requerido consultas y negociaciones en circunstancias similares. La necesidad de esas consultas y negociaciones se ha

---

[220] Véase, por ejemplo, el Convenio relativo a determinadas cuestiones de economía hidráulica concernientes al Drave, entre Yugoslavia y Austria, de 1954 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 227, pág. 111) (art. 4); la Convención sobre la protección del lago de Constanza contra la contaminación, de 1960 (Textes législatifs, pág. 438, Tratado No. 127) art. 1, párr. 3; el Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas entre Polonia y la URSS, de 1964 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 552, pág. 175), art. 6; el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre la navegación y transporte por el Níger, de 1964 Naciones Unidas, ibíd., vol. 587, pág. 19, art. 12; y la Convención relativa a cuestiones de economía hidráulica en aguas fronterizas entre Hungría y la URSS, de 1981 (mencionada en Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pág. 106) (arts. 3 a 5).

[221] Véase especialmente el laudo arbitral dictado en el asunto del lago Lanós. Son pertinentes en general a este respecto varias decisiones dictadas por la CIJ en asuntos relativos al derecho del mar, como los de la Plataforma continental del mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca, y República Federal de Alemania c. los Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, I.C.J. Reports 1969, pág. 3, especialmente págs. 46 a 48, párrs. 85 y 87; y el de la Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia), fondo, fallo de 25 de julio de 1974, I.C.J. Reports 1974, pág. 3, especialmente págs. 30 y 31, párr. 71, y pág. 33, párr. 78.

reconocido también en diversas resoluciones y estudios de organizaciones intergubernamentales[222] y no gubernamentales internacionales[223].

3) El párrafo 2 se refiere a la forma en que se han de realizar las consultas y negociaciones previstas en el párrafo 1. La terminología empleada se inspira principalmente en el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)[224] y el laudo arbitral en el asunto del lago Lanós[225]. La cuestión de cómo tienen que celebrarse las consultas y negociaciones también fue abordada por la CIJ en los asuntos de la Plataforma continental del mar del Norte[226]. La expresión intereses "legítimos" se emplea en el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[227] y se utiliza en el presente párrafo 2 para establecer una limitación al alcance del término "intereses".

4) El párrafo 3 obliga al Estado notificante a suspender la ejecución de las medidas proyectadas por un nuevo plazo de seis meses pero sólo si así se lo pide el Estado al que se haya hecho la notificación al hacer una comunicación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15. La ejecución de las medidas durante un plazo razonable de consultas y negociaciones no sería compatible con los requisitos de buena fe establecidos en el párrafo 2 del artículo 15 y mencionados en el laudo del lago Lanós[228]. Por la misma razón,

---

[222] Véase, por ejemplo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974) (art. 3); la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General de 13 de diciembre de 1973 sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados; el "Principio de información y consulta", anexo a los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza" aprobados por la OCDE en 1974 (Recomendación C (74) 224, aprobada por el Consejo de la OCDE el 14 de noviembre de 1974 (OCDE, La OCDE y el Medio Ambiente (París, 1966), pág. 142); y PNUMA, "Proyecto de principios de conducta" relativos a los recursos naturales compartidos, PNUMA, Derecho Ambiental, Líneas Directrices y Principios, No. 2, Recursos naturales compartidos (Nairobi, 1978) (Principios 5, 6 y 7).

[223] Véanse, por ejemplo, las resoluciones aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional en 1961, mencionadas anteriormente (Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, vol. 49-II, págs. 381 a 384) art. 6, y las aprobadas en 1979 (Annuaire de l'Institut de Droit international, 1979, vol. 58-II, págs. 196 y ss.) art. VII d; y los artículos aprobados por la Asociación de Derecho Internacional en 1980 (ADI, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, págs. 484 y ss.) (art. 8) y en 1982 (ADI, Report of the Sixtieth Conference, Montreal 1982, págs. 535 y ss.) art. 6.

[224] Véase especialmente el párrafo 78 del fallo (in fine) (Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, págs. 921 y ss., y Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 197).

[225] Véase Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, pág. 281 y los pasajes de la sentencia citada en ibíd.

[226] Véanse los párrafos 85 y 87 del fallo.

[227] Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974.

[228] Véanse los pasajes de la sentencia citada en Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, págs. 921 y ss. y en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte) pág. 197.

sin embargo, las consultas y negociaciones no deben suspender la ejecución por más tiempo que un plazo razonable. Este plazo debe ser objeto de acuerdo entre los Estados interesados, que están en las mejores condiciones para decidir sobre el período apropiado dadas las circunstancias. En caso de que no puedan llegar a un acuerdo, el párrafo 3 fija un plazo de seis meses. Transcurrido este plazo, el Estado notificante podrá proceder a ejecutar sus planes, siempre con sujeción a las obligaciones que le imponen los artículos 5 y 7.

Artículo 18

Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Todo Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que otro Estado del curso de agua proyecta tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial sensible podrá pedir a éste que aplique las disposiciones del artículo 12. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus razones.

2. En caso de que el Estado que proyecte tomar las medidas llegue no obstante a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12, lo comunicará al otro Estado y le presentará una exposición documentada de las razones en que se funde esa conclusión. Si el otro Estado no está de acuerdo con esa conclusión, los dos Estados iniciarán sin demora, a petición de ese otro Estado, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado que proyecte tomar las medidas no las ejecutará ni permitirá su ejecución, por un plazo que no excederá de seis meses, si el otro Estado lo solicita en el momento en que pida que se inicien las consultas y negociaciones.

Comentario

1) El artículo 18 trata de la situación en que un Estado del curso de agua tiene conocimiento de que otro Estado (o un particular de ese Estado) está proyectando medidas y cree que esas medidas pueden causarle un efecto perjudicial sensible, pero no ha recibido notificación alguna al respecto. En tal caso el artículo 18 permite al primer Estado acogerse al régimen de protección previsto en los artículos 12 y siguientes.

2) El párrafo 1 permite que el "Estado del curso de agua" que se halle en la situación antes descrita pida al Estado que proyecta tomar las medidas de que se trate "que aplique las disposiciones del artículo 12". La expresión "Estado del curso de agua" no excluye la posibilidad de que sean más de uno los Estados que crean que otro Estado proyecta tomar medidas. La frase "que aplique las disposiciones del artículo 12" no ha de interpretarse en el sentido de que el Estado que proyecta tomar las medidas necesariamente incumple sus obligaciones en virtud del artículo 12. Es decir, el Estado puede haber hecho una evaluación de las posibilidades de que las medidas proyectadas causen efectos perjudiciales sensibles en otros Estados del curso de agua y haber llegado de buena fe a la conclusión de que esas medidas no surtirán tales efectos. El párrafo 1 permite que un Estado del curso de agua pida al Estado que proyecta tomar las medidas que reconsidere su evaluación y sus conclusiones y no prejuzga la cuestión de si el Estado que proyecta tomar las medidas inicialmente cumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 12. Para poder hacer tal petición han de

cumplirse, no obstante, dos condiciones. La primera es que el Estado solicitante tenga "razones graves para creer" que se está proyectando tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial sensible. La segunda es que el Estado solicitante presente "una exposición documentada de sus razones". El objeto de estas condiciones es que el Estado solicitante tenga algo más que un temor vago y carente de fundamento. Es necesaria una opinión seria y fundamentada en particular dada la posibilidad de pedir al Estado que proyecta las medidas que suspenda la ejecución de sus planes con arreglo al párrafo 3 del artículo 18.

3) La primera frase del párrafo 2 trata del caso en que el Estado que proyecta tomar las medidas llegue a la conclusión, después de reconsiderar su posición, como se indica en el párrafo 2 del presente comentario, de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12. En tal situación el párrafo 2 tiene por objeto mantener un justo equilibrio entre los intereses de los Estados interesados exigiendo que el Estado que proyecta tomar las medidas ofrezca el mismo tipo de justificación de su conclusión que se requería al Estado solicitante en virtud del párrafo 1. La segunda frase del párrafo 2 trata del supuesto de que la conclusión del Estado que proyecta tomar las medidas no satisfaga al Estado solicitante. Exige que en tal situación el Estado que proyecta tomar las medidas inicie sin demora consultas y negociaciones con el otro Estado (o Estados) a petición de este último. Las consultas y negociaciones se han de realizar en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17. Su objeto es lograr "una solución equitativa", y se han de celebrar "con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado". Estas frases se han examinado en el comentario al artículo 17.

4) El párrafo 3 obliga al Estado que proyecta tomar las medidas a abstenerse de ejecutarlas durante un plazo de seis meses, con el fin de hacer posibles las consultas y negociaciones, si así se lo pide el otro Estado en el momento en que solicita consultas y negociaciones a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2. Esta disposición es similar a la que figura en el párrafo 3 del artículo 17, pero en el caso del artículo 18 el plazo empieza a contar a partir del momento de la solicitud de consultas con arreglo al párrafo 2.

Artículo 19

Ejecución urgente de las medidas proyectadas

1. En caso de que la ejecución de las medidas proyectadas sea de extrema urgencia para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes, el Estado que proyecte tomar las medidas podrá, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, iniciar inmediatamente su ejecución, no obstante lo dispuesto en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17.

2. En tales casos, se hará una declaración formal sobre la urgencia de las medidas a los demás Estados del curso de agua a los que se refiere el artículo 12, y se transmitirán a éstos los datos y la información pertinentes.

3. El Estado que proyecte tomar las medidas iniciará sin demora, con cualquiera de los Estados indicados en el párrafo 2 que lo solicite, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

Comentario

1) El artículo 19 trata de las medidas proyectadas cuya aplicación es de extrema urgencia "para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes". No trata de situaciones de emergencia, que serán objeto del artículo 28. El artículo 19 se refiere a casos muy excepcionales en los que intereses de extremada importancia exigen que las medidas proyectadas se ejecuten inmediatamente, sin esperar a que expiren los plazos previstos para la respuesta y para las consultas y negociaciones. Disposiciones de este tipo se han incluido en varios acuerdos internacionales[229]. Al formular el artículo la Comisión ha procurado evitar las posibilidades de abuso de la excepción que en él se formula.

2) El párrafo 1 se refiere a los tipos de intereses de que debe tratarse para que un Estado tenga derecho a proceder a la ejecución en virtud del artículo 19. Esos intereses son de la máxima importancia, tales como la protección de la población del peligro de inundaciones o cuestiones vitales de seguridad nacional. El párrafo 1 contiene también una renuncia a los períodos de espera previstos en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17. El derecho del Estado a proceder a la ejecución queda sujeto no obstante a las obligaciones que les imponen los párrafos 2 y 3 del artículo 19.

3) El párrafo 2 obliga al Estado que proceda a la ejecución inmediata en virtud del artículo 19 a proporcionar "a los demás Estados del curso de agua a los que se refiere el artículo 12" una declaración formal sobre la urgencia de las medidas, junto con los datos y la información pertinentes. Estos requisitos tienen por objeto facilitar la demostración de la buena fe del Estado que procede a la ejecución y velar por que los otros Estados sean informados del modo más completo posible de los efectos que puedan tener las medidas. Los "demás Estados del curso de agua" son aquellos a los que las medidas pueden causar "un efecto perjudicial sensible" (art. 12).

4) El párrafo 3 exige que el Estado que proceda a la ejecución inmediata inicie sin demora consultas y negociaciones con los demás Estados cuando éstos lo soliciten. El requisito de que las consultas y negociaciones se realicen en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17 es el mismo que figura en el párrafo 2 del artículo 18, y se examina en el comentario a esa disposición.

---

[229] Véase, por ejemplo, el Convenio relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera entre Alemania y Dinamarca, de 10 de abril de 1922 (Sociedad de las Naciones, Treaty Series, vol. X, pág. 201) (art. 29 al final); y la Convención sobre la protección del lago de Constanza contra la contaminación, de 1960 (véase Recueil officiel des lois et des ordonnances 1961, vol. 2, pág. 923, No. 43, Naciones Unidas, Textes législatifs, Tratado No. 127, pág. 438, art. 1, párr. 3).

Parte IV

PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN

Artículo 20

Protección y preservación de los ecosistemas

Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual o conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales.

Comentario

1) El artículo 20, que es el primero de la parte IV del proyecto de artículos, establece la obligación general de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua. La Comisión opina que este artículo, dada la naturaleza general de la obligación en él enunciada, debe figurar antes que otros artículos más específicos de la parte IV.

2) Como el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[230], el artículo 20 enuncia una doble obligación de protección y preservación. Esa doble obligación se refiere a los "ecosistemas de los cursos de agua internacionales", expresión que la Comisión ha utilizado porque es más precisa que el concepto de "medio" de un curso de agua. Este último término podría interpretarse de una manera muy general en el sentido de que se aplica a zonas que "rodean" el curso de agua y que tienen una influencia mínima en la protección y preservación del curso de agua en sí. Además, el término "medio" de un curso de agua puede interpretarse en el sentido de que se refiere sólo a zonas exteriores al curso de agua, lo que evidentemente no es la intención de la Comisión. Por esas razones, la Comisión ha preferido emplear el término "ecosistema", que a su juicio tiene un sentido científico y jurídico más preciso[231]. En general, ese término se refiere a una unidad ecológica integrada por componentes vivos y no vivos que son interdependientes y funcionan como una comunidad[232]. "Todos los componentes de un ecosistema son

---

[230] El artículo 192, titulado "Obligación general", dispone: "Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino".

[231] Cabe mencionar a este respecto, en general, los trabajos que está llevando a cabo en este campo la Comisión Económica para Europa: véase "Approche écosystémique de la gestión de l'eau" (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), y las monografías sobre el río Oulujoki (Finlandia), el lago Mjosa (Noruega), el curso inferior del Rin (Países Bajos) y el embalse de Ivankovskoye (Federación de Rusia) (ENVWA/WP.3/R.11/Add.1 y 2).

[232] "Un ecosistema se define generalmente como una unidad espacial de la naturaleza en la que existe interacción y adaptación entre los organismos vivos y el medio no vivo." (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), pág. 5, párr. 9. El Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el comentario relativo al artículo 3 de sus principios jurídicos y recomendaciones, define los "ecosistemas" como "sistemas de plantas, animales y microorganismos, así como los componentes no vivos de su medio ambiente" (Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations (1987), pág. 45).

interdependientes y en ellos nada se pierde realmente"[233]. Por eso, "una acción exterior que se ejerza sobre uno de ellos puede repercutir en otros y perturbar el equilibrio del conjunto"[234]. Como "la vida en la Tierra depende de los ecosistemas"[235], esa "acción exterior", o injerencia, puede poner en peligro o destruir la capacidad de un ecosistema para funcionar como sistema que hace posible la vida. Huelga decir que las injerencias graves pueden ser, y son muchas veces, un efecto del comportamiento humano. La injerencia del hombre puede perturbar irreversiblemente el equilibrio de los ecosistemas de agua dulce, en particular, impidiendo que sigan haciendo posible la vida humana y otras formas de vida. Como se señala en el proyecto de plan de mediano plazo de las Naciones Unidas para el período 1992-1997:

> "A medida que progresa el desarrollo socioeconómico, las interacciones entre los ecosistemas de agua dulce, por una parte, y las actividades del hombre, por otra, se hacen más complejas y se agravan las divergencias. Las actividades de aprovechamiento de las cuencas hidrográficas también pueden tener consecuencias nefastas y conducir a un tipo de desarrollo no sostenible, especialmente en las cuencas que comparten dos o más Estados."[236]

La obligación de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales versa sobre este problema, que ya es agudo en algunas partes del mundo y que llegará a serlo en otras a medida que el aumento de la población humana plantee exigencias cada vez mayores en relación con unos recursos hídricos finitos[237].

3) La obligación de "proteger" los ecosistemas de los cursos de agua internacionales es una aplicación específica del requisito establecido en el artículo 5 según el cual los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán el curso de agua internacional de manera compatible con la protección adecuada de éste. Significa, esencialmente, que los Estados del curso de agua están obligados a proteger los ecosistemas de los cursos de agua internacionales contra todo daño. Comprende, pues, la obligación de proteger esos ecosistemas contra un riesgo grave de daño[238]. La obligación de "preservar" los ecosistemas de los cursos de agua internacionales, aun siendo semejante a la de protección, se aplica en particular a los ecosistemas de agua dulce que se hallan en su situación prístina o incólume. Exige que se protejan esos ecosistemas de manera que se mantengan en lo posible en su estado natural. Conjuntamente, la protección y preservación de los ecosistemas acuáticos

---

[233] "Ecosystems approach to water management" (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), pág. 5, párr. 9.

[234] Ibíd., párr. 11.

[235] Ibíd., párr. 9.

[236] Proyecto de plan de mediano plazo para el período 1992-1997, Programa principal IV, Cooperación económica internacional para el desarrollo, Programa 16, Medio ambiente (A/45/6), pág. 11, párr. 16.24.

[237] Véase, por ejemplo, "Water: the finite resource", IUCN Bulletin, vol. 21, No. 1, marzo de 1990, pág. 14.

[238] La obligación de proteger los ecosistemas de los cursos de agua internacionales es, por lo tanto, una aplicación general del principio de prevención, que se examina más abajo (International Legal Materials, vol. XXVI (1987), pág. 1516).

contribuyen a salvaguardar su viabilidad como sistemas que hacen posible la vida, sirviendo así de base indispensable de un desarrollo sostenible[239].

4) El artículo 20, al disponer que los Estados del curso de agua han de tomar medidas "individual o conjuntamente", reconoce que en algunos casos será necesario y apropiado que los Estados del curso de agua cooperen, de manera equitativa, para proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales. El requisito que establece el artículo 20 de que los Estados del curso de agua actúen "individual o conjuntamente" tiene, pues, que interpretarse en el sentido de que hay que tomar, cuando proceda, medidas conjuntas de cooperación y de que tales medidas han de adoptarse de manera equitativa. Por ejemplo, generalmente será apropiado tomar medidas conjuntas en el caso de cursos de agua contiguos o cursos de agua cuya ordenación y aprovechamiento se ejecuten como un conjunto. Lo que hay que entender por medidas adoptadas de manera equitativa, por supuesto, dependerá de las circunstancias[240]. Los factores que han de tenerse en cuenta a este respecto son la medida en que los Estados del curso de agua de que se trata han contribuido a crear el problema y el grado en que se benefician de su solución. No hay que considerar, por supuesto, que la obligación de participar equitativamente en la protección y preservación de los ecosistemas de un curso de agua internacional implique la obligación de reparar o tolerar el daño resultante de la violación por otro Estado del curso de agua de las obligaciones que le incumben en virtud del proyecto de artículos[241]. Pero la obligación general de participación equitativa exige que las contribuciones de los Estados del curso de agua a las actividades conjuntas de protección y preservación sean proporcionales, por lo menos, al grado en que hayan contribuido a crear el riesgo de daño o el daño para los ecosistemas de que se trate. Finalmente, se recordará que el artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, también establece que se tomen medidas "individual o conjuntamente", en ese caso con respecto a la contaminación del medio marino[242].

---

[239] Es pertinente a este respecto la siguiente observación que figura en el proyecto de plan de mediano plazo: "La preservación de la diversidad biológica, que engloba todas las especies de plantas, de animales y de microorganismos, así como los ecosistemas de que éstos forman parte, es un elemento capital para el logro de un desarrollo sostenible" (A/45/6), párr. 16.7.

[240] Véanse, en general, más arriba los comentarios relativos a los artículos 5 y 6, respectivamente. Por ejemplo, el párrafo 1) del comentario al artículo 6, en relación con la obligación de utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5, dice lo siguiente:

> "Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos relativos al curso de agua internacional de que se trate, así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados. Así pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes."

[241] Así, por ejemplo, el Estado A no estará obligado a reparar el daño apreciable que haya sufrido exclusivamente de resultas del comportamiento del Estado B.

[242] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, párrafo 1 del artículo 194.

5) Se encuentran numerosos precedentes de la obligación enunciada en el artículo 20 en la práctica de los Estados y las actividades de las organizaciones internacionales. En los párrafos siguientes se mencionan algunos ejemplos de esas fuentes[243].

6) Diversos acuerdos contienen disposiciones relativas a la protección de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, en el estatuto del río Uruguay, de 1975, la Argentina y el Uruguay convienen en coordinar, por medio de una comisión creada en virtud del acuerdo, "las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia"[244]. Las partes pactan, además, "la adopción de medidas para reglamentar las actividades de pesca en el río con miras a la conservación y preservación de los recursos vivos"[245], y "proteger y preservar el medio acuático ..."[246]. Análogamente, cabe hacer referencia a la Convención relativa al estatuto del río Gambia, de 1978[247], al Acta relativa a la Navegación y la Cooperación Económica entre los Estados de la Cuenca del Níger, de 1963[248], y al Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, de 1978[249].

7) Varios acuerdos anteriores tenían por objeto la protección de la pesca y las pesquerías[250]. Un ejemplo es el Convenio entre Francia y Suiza para

---

[243] Véase un examen más detallado de las fuentes pertinentes en el cuarto informe del anterior Relator Especial Anuario ... 1988, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrs. 28 a 86; y en el tercer informe del segundo Relator Especial, Anuario ... 1982, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/348, párrs. 243 a 336.

[244] Estatuto del río Uruguay, art. 36, Actos Internacionales Uruguay-Argentina, 1830-1980 (Montevideo, 1981), pág. 593.

[245] Ibíd., art. 37.

[246] Ibíd., art. 41.

[247] Convención relativa al Estatuto del río Gambia, 30 de junio de 1978 (Gambia, Guinea, Senegal), reproducido en Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13 (1984), Tratado No. 10, pág. 39, art. 4, pág. 40.

[248] Acta relativa a la Navegación y la Cooperación Económica entre los Estados de la Cuenca del Níger (Alto Volta (Burkina Faso), Camerún, Costa de Marfil (Côte d'Ivoire), Chad, Dahomey, Guinea, Malí, Níger, Nigeria), 26 de octubre de 1963, art. 4 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 587, pág. 9), reproducido también en Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navegation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13, pág. 6.

[249] Artículo II (United States Government Printing Office, Treaties and Other International Acts Series, No. 9257).

[250] Acta Final de la Delimitación de la Frontera Internacional de los Pirineos entre España y Francia, sección I, cláusula 6 (Textes législatifs, Tratado No. 186, págs. 674 y 676, resumido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 182, documento A/5409, párrs. 979 y 980 c)). Véase asimismo, por ejemplo, el Convenio de 1887 entre Suiza y el Gran Ducado de Baden y Alsacia-Lorena (Textes législatifs, Tratado No. 113, pág. 397, art. 10);

(continúa...)

reglamentar la pesca en las aguas limítrofes, de 1904[251]. Otros acuerdos protegen efectivamente los ecosistemas de los cursos de agua internacionales al proteger sus aguas contra la contaminación, entre ellos el Tratado entre la Unión Soviética y el Afganistán relativo al régimen de la frontera soviético-afgana, de 1958[252], y la Convención entre la República Federal de Alemania, Francia y Luxemburgo sobre la canalización del Mosela, de 1956[253].

8) La necesidad de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales también se reconoce en la labor de las organizaciones, conferencias y reuniones internacionales. El Acta de Asunción, aprobada en la IV Reunión Ordinaria de los Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata, en 1971[254], alude a "la existencia de importantes problemas de salud en el área geográfica de la cuenca del Plata, que caracterizan relaciones ecológicas, y que inciden desfavorablemente en el desarrollo socioeconómico de la región", y señala "la relación que con esa problemática de salud posee el recurso hídrico, en cuanto se refiere a su calidad y cantidad"[255]. El Acta también menciona "la necesidad de ejercer un control sobre la contaminación de las aguas manteniendo en lo posible sus cualidades naturales, como parte integral de una política de conservación y utilización de los recursos hídricos de la cuenca ..."[256]. Entre las decisiones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977, figura una recomendación titulada "Medio ambiente y salud", que dispone: "Es preciso evaluar las consecuencias que las distintas utilizaciones del agua tienen en el medio ambiente, apoyar las medidas encaminadas a controlar las enfermedades relacionadas con el agua y proteger los ecosistemas"[257].

9) Además de los instrumentos relativos a la protección y preservación de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales, diversos acuerdos, resoluciones, declaraciones y otros instrumentos reconocen la importancia de proteger y preservar el medio ambiente en general, o los ecosistemas distintos de los de los cursos de agua en particular. Los convenios relativos al medio ambiente en general comprenden, entre otros, el Convenio Africano sobre la

---

[250] (...continuación)

el Convenio entre Italia y Suiza sobre la pesca en las aguas limítrofes (Textes législatifs, Tratado No. 230, pág. 839, art. 12, párr. 5, resumido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/274, párr. 633); y el Convenio entre Francia y Suiza para reglamentar la pesca en las aguas limítrofes, de 1904 (Textes législatifs, Tratado No. 196, pág. 701, arts. 6, 11 y 17).

[251] Textes législatifs, Tratado No. 196, pág. 701, art. 17, en la página 706.

[252] Ibíd., Tratado No. 86, pág. 276, art. 13.

[253] Ibíd., Tratado No. 123, pág. 424, art. 55.

[254] Reproducida en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/274, párr. 326.

[255] Ibíd., resolución No. 15.

[256] Ibíd., pág. 323.

[257] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), pág. 25.

Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, de 1968[258], y el Acuerdo de la ASEAN sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, de 1985[259]. Ya se ha mencionado la obligación análoga de "proteger y preservar el medio marino" enunciada en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, a la que sirven de complemento diversos acuerdos más específicos relativos a la protección del medio ambiente marino[260]. Por otra parte, el principio de las medidas preventivas recogido en el artículo 20 ha hallado expresión en diversos acuerdos

---

[258] Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13, pág. 2. Véase en especial el artículo II, "Principio fundamental", en el que las partes "se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar la conservación, utilización y mejora del suelo, el agua, la flora y los recursos de la fauna", teniendo en cuenta la necesidad de mantener los procesos ecológicos esenciales; y el artículo V, "Agua y aire", en el que las partes convienen en "adoptar y aplicar políticas destinadas a mantener los procesos ecológicos esenciales del aire y el agua ...".

[259] Adoptado el 7 de septiembre de 1985 por Brunei, Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia. Véase especialmente el artículo 1, "Principio fundamental", en el que las partes se comprometen a tomar las medidas necesarias para mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de mantenimiento de la vida ...", y el artículo 8, titulado "Agua", en el que las partes reconocen "el papel del agua en el funcionamiento de los ecosistemas naturales ..." y convienen en esforzarse por asegurar un abastecimiento de agua suficiente para, entre otras cosas, la conservación de los sistemas de la vida natural y la fauna y flora acuáticas ...".

Véase asimismo, por ejemplo, la Convención de Washington para la Protección de la Flora, de la Fauna, y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de 1940, Naciones Unidas (Recueil des Traités, vol. 161, pág. 193); la Convención de París para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972 (International Legal Materials, vol. XI (1972), pág. 1358); la Convención de Berna relativa a la Conservación de la Fauna y la Flora y del Medio Ambiente Natural de Europa, de 1979 (Série des traités européens, No. 104); y el Convenio para la Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente en la Región del Pacífico Sur, de 1986, (International Legal Materials, vol. XXVI (1987), pág. 41).

[260] Véase, por ejemplo: la Convención relativa a la Cooperación en materia de Protección y Aprovechamiento del Medio Marino y las Zonas Costeras de la Región del África occidental y central, de 1981, Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13, pág. 2; el Convenio de 1974 para la Prevención de la Contaminación Marina de Origen Terrestre (International Legal Materials, vol. XIII (1974), pág. 352); el Convenio de 1974 sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico (ibíd., pág. 546); el Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación, de 1976 (ibíd., vol. XV (1976), pág. 290); y su Protocolo de 1980 (ibíd., vol. XX (1980), pág. 873); y el Convenio regional de Kuwait de 1978 para la cooperación en materia de protección del medio marino contra la contaminación (ibíd., vol. XVII (1978), pág. 511).

y otros instrumentos internacionales[261]. Asimismo de interés general, como prueba del reconocimiento por los Estados de la necesidad de proteger los procesos ecológicos esenciales, son las múltiples declaraciones y resoluciones concernientes a la preservación del medio ambiente. Entre ellas, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972[262], la resolución de la Asamblea General, de 1982, sobre la Carta Mundial de la Naturaleza[263], la Declaración de la Amazonia, de 1989[264], el proyecto panamericano de Declaración sobre el Medio Ambiente, de 1989[265], la Declaración sobre la Conservación de la Flora, de la Fauna y de su Hábitat, de la CEPE, de 1988[266], la Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Sostenible en la Región de la CEPE, de 1990[267], y la Declaración de La Haya sobre el Medio Ambiente, de 11 de marzo de 1989[268]. La importancia de mantener

---

[261] El principio de las medidas preventivas ha sido aplicado, en especial, en instrumentos relativos a la capa de ozono y a la contaminación marina de origen terrestre. Por lo que respecta a la capa de ozono, véase el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985 (International Legal Materials, vol. XXVI (1987), pág. 1516), y su Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 1987 (ibíd., pág. 1541). Por lo que hace a la contaminación marina de origen terrestre y otras formas de contaminación de los mares, véase, por ejemplo, la decisión 15/27 aprobada por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en su 15º período de sesiones, el 25 de mayo de 1989, titulada "Criterio preventivo en relación con la contaminación de los mares, incluido el vertimiento de desechos en el mar"; y las Declaraciones Ministeriales de la Segunda y Tercera Conferencias Internacionales sobre la Protección del Mar del Norte (Londres, 24 y 25 de noviembre de 1987, y La Haya, 8 de marzo de 1990, respectivamente). Las Declaraciones Ministeriales establecen que el principio de prevención entraña la adopción de medidas para evitar las consecuencias potencialmente nocivas de las sustancias peligrosas (es decir, las que son persistentes, tóxicas o bioacumulativas) "incluso antes que la existencia de un nexo causal [entre las emisiones y los efectos] haya sido demostrado mediante pruebas científicas inequívocas ...".

[262] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.73.II.A.14. Véanse en especial los Principios 2 a 5 y 12.

[263] Resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982.

[264] A/44/275-E/1989/79, anexo.

[265] Organización de los Estados Americanos, documento CJI/RES.II-10/89.

[266] Aprobada por la Comisión Económica para Europa en su 43º período de sesiones, en 1988, decisión E (43) (E/ECE/1172 y E/ECE/ENVWA/6). En esta Declaración, los gobiernos de la CEPE convienen, en particular, en perseguir el objetivo de "conservar los recursos biológicos naturales de manera conforme a los intereses de las generaciones presentes y futuras manteniendo los procesos ecológicos esenciales y los sistemas que hacen posible la vida, preservando la diversidad genética y velando por una utilización sostenible de las especies y los ecosistemas ..." (ibíd., párr. 1 de la parte dispositiva).

[267] La Declaración reconoce en su párrafo 6, entre otras cosas, que "El reto del desarrollo sostenible de la humanidad exige velar por la sostenibilidad de la biosfera y de sus ecosistemas ...".

[268] International Legal Materials, vol. XXVIII (1989), pág. 1308.

"el equilibrio ecológico"[269] en la explotación de los recursos naturales y de "tomar en consideración los ecosistemas"[270] para la protección de la calidad del agua se han reconocido también en instrumentos adoptados en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). Por último, la labor realizada por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[271] y su Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental[272], también hace hincapié en que el mantenimiento de los ecosistemas y los procesos ecológicos conexos es indispensable para el logro de un desarrollo sostenible[273].

Artículo 21

Prevención, reducción y control de la contaminación

1. A los efectos de este artículo, se entiende por "contaminación de un curso de agua internacional" toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional que resulte directa o indirectamente de un comportamiento humano.

2. Los Estados del curso de agua prevendrán, reducirán y controlarán, individual o conjuntamente, la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente, incluidos los daños a la salud o la seguridad humanas, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil a

---

[269] Acta Final de Helsinki (CSCE/CC/64), pág. 54.

[270] Informe sobre las conclusiones y recomendaciones de la reunión sobre la protección del medio ambiente de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, celebrada en Sofía en 1989 (CSCE/SEM.36/Rev.1), pág. 12.

[271] Nuestro Futuro Común (1987).

[272] Véase Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations (1987), en especial el artículo 3, "Ecosistemas, procesos ecológicos conexos, diversidad biológica y sostenibilidad", pág. 45.

[273] Véase, en el mismo sentido, la Perspectiva Ambiental hasta el Año 2000 y Más Adelante, por ejemplo el párrafo 2 y el apartado d) del párrafo 3, adoptada por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 25, documento A/42/25, anexo II), y aprobada posteriormente por la Asamblea General en su resolución 42/186, de 11 de diciembre de 1987, "como marco de referencia amplio para la adopción de medidas a nivel nacional y la cooperación internacional en relación con las políticas y los programas encaminados a lograr un desarrollo adecuado desde el punto de vista ambiental".

También abundan en el mismo sentido determinadas disposiciones de la Constitución de la República de Namibia, que entró en vigor el 21 de marzo de 1990, en particular el apartado c) del artículo 91 (relativo a las funciones del Defensor del Pueblo) y el apartado l) del artículo 95 (sobre "Promoción del bienestar del pueblo"). Según esta última disposición, por ejemplo: "El Estado promoverá y mantendrá activamente el bienestar del pueblo y, a esos efectos, adoptará normas que, entre otras cosas, apunten a lo siguiente: ... l) mantener los ecosistemas, los procesos ecológicos esenciales y la diversidad biológica en Namibia y utilizar los recursos naturales vivos en forma sostenible en beneficio de todos los namibianos, ahora y en el futuro ...".

los recursos vivos del curso de agua. Los Estados del curso de agua tomarán disposiciones para armonizar su política a este respecto.

3. Los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias cuya introducción en las aguas de un curso de agua internacional haya de ser prohibida, limitada, estudiada o vigilada.

Comentario

1) El artículo 21 establece la obligación fundamental de prevenir, reducir y controlar la contaminación de los cursos de agua. Comprende tres párrafos, en el primero de los cuales se define el término "contaminación", mientras que en el segundo se enuncia la obligación antes mencionada y en el tercero se establece un procedimiento para confeccionar de común acuerdo listas de sustancias peligrosas que deben estar sujetas a controles especiales.

2) El párrafo 1 contiene una definición general del término "contaminación", en el sentido en que ese término se emplea en el presente proyecto de artículos. Aunque contiene los elementos básicos que figuran en otras definiciones del término[274], el párrafo 1 es, en varios aspectos, más general. En primer lugar, no menciona ningún tipo concreto de contaminación o agente contaminante (por ejemplo, sustancias o energía), a diferencia de algunas otras definiciones. En segundo lugar, la definición se refiere simplemente a "toda alteración nociva" y, de ese modo, no prejuzga la cuestión del umbral a partir del cual la contaminación es ilícita. La cuestión de ese umbral se trata en el párrafo 2. Así pues, la definición es meramente descriptiva. Abarca todo tipo de contaminación, cause o no "daños sensibles" a otros Estados del curso de agua en el sentido del artículo 7 y, más concretamente, del párrafo 2 del artículo 21. En tercer lugar, para salvaguardar el carácter descriptivo de la definición, el párrafo 1 no menciona ningún efecto "nocivo" específico, como los daños a la salud humana, a los bienes o a los recursos vivos. El párrafo 2 contiene ejemplos de tales efectos que alcanzan el nivel de "daños sensibles". La definición exige sólo que haya una alteración nociva de la "composición o

[274] Véase, por ejemplo, el artículo IX de las Normas de Helsinki (ADI, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, pág. 484); el párrafo 1 del artículo I de la resolución de Atenas sobre "La contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional", aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1979, (Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 58-II, (1979) pág. 199); el párrafo 3 de la parte A de los Principios relativos a la contaminación transfronteriza, de 1974, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (Recomendación C (74) 222 de 14 de noviembre de 1974, reproducida en la OECD and the Environment (1986)); el párrafo 1 del artículo 2 de las Reglas de Montreal sobre el derecho internacional aplicable a la contaminación transfronteriza, adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1982 (ADI, Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982); el párrafo 4 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982; el artículo 1 de la Convención sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Grandes Distancias de la CEPE, de 1979; el apartado c) del artículo 1 del proyecto de convención europea sobre la protección de las aguas dulces contra la contaminación, de 1969, del Consejo de Europa; y el apartado d) del artículo 1 del proyecto de convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación, de 1974, del Consejo de Europa, Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte) documento A/CN.4/274, párr. 376.

calidad" de las aguas. El término "composición" se refiere a todas las sustancias que contiene el agua, incluidos los solutos, así como las partículas en suspensión y otras sustancias insolubles. El término "calidad" suele utilizarse, en relación con la contaminación, especialmente en expresiones como "calidad del aire" y "calidad del agua". Ese término, aunque sea difícil e, incluso, poco deseable definirlo con precisión, se refiere generalmente al carácter esencial y el grado de pureza del agua. En cuarto lugar, la definición no se refiere a los medios por los que se causa la contaminación, como la "introducción" de sustancias, energía, etc., en un curso de agua. Sólo exige que la "alteración nociva" resulte de un "comportamiento humano". Esta última expresión se entiende que abarca tanto los actos como las omisiones y, por eso, se considera preferible a términos como "actividades". Por último, la definición no incluye las alteraciones "biológicas". Aunque no hay duda de que la introducción en un curso de agua de especies extrañas o nuevas de la flora y fauna puede producir efectos nocivos en la calidad del agua, la introducción de esos organismos vivos no se considera generalmente que constituya en sí "contaminación". Por consiguiente, las alteraciones biológicas constituyen el objeto de una disposición separada, a saber el artículo 22.

3) El párrafo 2 enuncia la obligación general que incumbe a los Estados del curso de agua de prevenir, reducir y controlar "la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente ...". Este párrafo constituye la aplicación específica de los principios generales contenidos en los artículos 5 y 7.

4) Al aplicar la obligación general del artículo 7 al caso de la contaminación, la Comisión tuvo en cuenta el aspecto práctico de que algunos cursos de agua internacionales ya se encuentran contaminados en diverso grado, mientras que otros no lo están. Teniendo en cuenta ese estado de cosas, la Comisión ha empleado la fórmula "prevendrán, reducirán y controlarán" en relación con la contaminación de los cursos de agua internacionales. Esa fórmula se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, en relación con la contaminación del medio marino[275], en el que la situación planteada es análoga. La obligación de "prevenir" se refiere a la nueva contaminación de los cursos de agua internacionales, mientras que las obligaciones de "reducir" y "controlar" se refieren a la contaminación existente. Como en el caso de la obligación de "proteger" los ecosistemas, enunciada en el artículo 20, la obligación de prevenir "la contaminación ... que pueda causar daños sensibles" comprende la obligación de actuar con la debida diligencia para impedir el riesgo de tales daños[276]. Esta obligación se expresa mediante las palabras "pueda causar". Además, como en el caso del artículo 20, se aplica el principio de prevención, especialmente con respecto a sustancias peligrosas como las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas[277]. La obligación que incumbe a los Estados del curso de agua de "reducir y controlar" la contaminación existente responde a la práctica de los Estados, en particular los Estados por cuyo territorio transcurren cursos de agua contaminados. Esta práctica pone de manifiesto la voluntad general de tolerar incluso daños de contaminación sensibles, con tal que el Estado del curso de agua de origen haga todo lo posible por reducir la contaminación hasta

---

[275] Párrafo 1 del artículo 194.

[276] Véase el párrafo 3 del comentario relativo al artículo 20.

[277] Véase el comentario al artículo 20, en especial los párrafos 3 y 9.

un nivel mutuamente aceptable[278]. La exigencia de que se rebaje inmediatamente la contaminación existente que causa tales daños podría, en algunos casos, crear excesivas dificultades, especialmente en aquellos en que el perjuicio ocasionado al Estado del curso de agua de origen fuera manifiestamente desproporcionado en relación con el beneficio que fuese a obtener el Estado del curso de agua víctima del daño[279]. En cambio, el hecho de que el Estado del curso de agua de origen no ejercitase la debida diligencia para reducir la contaminación hasta niveles aceptables legitimaría al Estado afectado para aducir que el Estado de origen había violado la obligación que le incumbía a este respecto.

5) Como el artículo 20, el párrafo 2 del artículo 21 dispone que las medidas de que se trata se tomen "individual o conjuntamente". Las observaciones formuladas en el párrafo 4) del comentario al artículo 20 se aplican, mutatis mutandis, con respecto al párrafo 2 del artículo 21. Como se explica en el comentario al artículo 20, la obligación de tomar medidas conjuntas se basa en algunas obligaciones generales enunciadas en la parte II del proyecto de artículos. En el caso del párrafo 2 del artículo 21, la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua, de conformidad con el artículo 5, de "participar en la ... protección del curso de agua internacional de manera equitativa y razonable", y, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, de "cooperar ... a fin de lograr ... una protección adecuada del curso de agua internacional" puede, en algunos supuestos, exigir la participación conjunta en la aplicación de medidas de lucha contra la contaminación[280]. Las obligaciones contenidas en los artículos 5 y 8 también son pertinentes en relación con la obligación de los Estados de armonizar sus políticas, a que se refiere el párrafo 7) de este comentario.

6) Las obligaciones de prevención, reducción y control se aplican a la contaminación "que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente". La contaminación por debajo de ese umbral no caería dentro del ámbito de aplicación del párrafo 2 pero, según las circunstancias, podría estar comprendida en el del artículo 20 o en el artículo 23, que se examina más adelante. Al final de la primera frase del párrafo 2 figuran varios ejemplos de daños sensibles que la contaminación puede causar a un Estado del curso de agua o a su medio ambiente. La lista no es exhaustiva sino que tiene sólo carácter enunciativo. La contaminación de un curso de agua internacional puede causar daños, no sólo a la "salud o la

---

[278] Véase el cuarto informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrafo 11 del comentario al artículo 16 [17], en las páginas 13 y 14. Esta evaluación de la práctica de los Estados se recoge también en el estudio general más completo sobre esta materia: véase J. Lammers, Pollution of International Watercourses (1984), pág. 301.

[279] Esta postura está de acuerdo con la adoptada en las Normas de Helsinki. Véase, en especial, el comentario d) al artículo XI (ADI, Report of the Fifty-second Conference, 1966, págs. 503 y 504).

[280] Esa participación y cooperación puede adoptar diversas formas, incluida la prestación de asistencia técnica, la financiación conjunta, el intercambio de datos e información específicos y formas análogas de cooperación y participación conjunta. Véase, en ese sentido, el apartado b) del comentario relativo al artículo X de las Normas de Helsinki (ibíd., pág. 499).

seguridad humanas" o a "la utilización de las aguas con cualquier fin útil"[281], sino también a "los recursos vivos del curso de agua internacional", es decir, la flora y fauna que depende del curso de agua, así como a las condiciones que éste ofrece para el solaz o esparcimiento[282]. La expresión "medio ambiente" de los otros Estados del curso de agua pretende abarcar, en especial, cuestiones de este último tipo[283]. Es, pues, más amplia que el concepto del "ecosistema" de un curso de agua internacional, que constituye la materia objeto del artículo 20.

7) La última frase del párrafo 2 dispone que los Estados del curso de agua "tomarán disposiciones para armonizar sus políticas" en materia de prevención, reducción y control de la contaminación de las aguas. Esta obligación, que se basa en la práctica en materia de tratados[284] y que encuentra un equivalente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[285], versa sobre los problemas que surgen a menudo cuando los Estados adoptan políticas divergentes, o aplican criterios diferentes, en relación con la contaminación de los cursos de agua internacionales. La obligación de armonizar

---

[281] La Comisión reconoce que puede considerarse algo extraño que se hable de "daños ... a la utilización de las aguas ...", pero prefirió no emplear otra expresión (como, por ejemplo, "injerencia en el uso de las aguas"), porque el uso de otras expresiones podría hacer que se pusiera en duda que se aplicaba una norma uniforme en cada caso. El presente enunciado no deja lugar a dudas de que en todos los casos se utiliza la misma norma o criterio, el del daño sensible.

[282] Esas condiciones pueden incluir, por ejemplo, la utilización de un curso de agua para actividades recreativas o para el turismo.

[283] Los daños sensibles de contaminación del "medio ambiente" de un Estado del curso de agua pueden consistir también en daños a la salud humana, en forma de enfermedades, o sus vectores, de origen hídrico. En el párrafo 2 se mencionan expresamente los daños a la "salud humana", pero la contaminación de un curso de agua internacional también puede originar otras formas de daño sensible que no están directamente relacionadas con los usos de las aguas.

[284] Los convenios internacionales relativos a la contaminación del agua suelen tener por objeto explícito o implícito la armonización de las normas y políticas aplicables de los Estados del curso de agua de que se trata. Ello es así tanto si el convenio se refiere a la protección de las pesquerías (véase, por ejemplo, el artículo 17 del Convenio entre Francia y Suiza para reglamentar la pesca en las aguas limítrofes, de 1904 (Textes législatifs, Tratado No. 196, pág. 706)) como si se refiere a la prevención de los efectos nocivos sobre determinados usos (véase, por ejemplo, el párrafo 10 del artículo 4 del Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo, de 1960 (Textes législatifs, Tratado No. 98, pág. 300)), o si establece efectivamente normas y objetivos de calidad del agua (véase, por ejemplo, el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, de 1978 (Treaties and other International Acts Series, No. 9257) por ejemplo, artículo II, nota 239. Así, la armonización puede lograrse por acuerdo sobre determinadas normas y políticas o estableciendo el requisito de que la contaminación no exceda de los niveles necesarios para la protección de un determinado recurso, uso o actividad de esparcimiento. Véase, en general, el análisis de los convenios internacionales relativos a la contaminación de las aguas que figura en el cuarto informe del anterior Relator Especial (Anuario ... 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrs. 39 a 48).

[285] Párrafo 1 del artículo 194.

las políticas constituye una aplicación específica de algunas de las obligaciones generales enunciadas en los artículos 5 y 8, mencionadas en el párrafo 5) del comentario a este artículo, especialmente la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de "cooperar ... a fin de lograr ... una protección adecuada del curso de agua internacional". En el presente caso, esto significa que los Estados del curso de agua deben colaborar de buena fe para lograr y mantener la armonización de sus políticas en materia de contaminación de las aguas. La armonización de políticas es así un proceso en dos sentidos diferentes. En primer lugar, el logro inicial de la armonización supondrá con frecuencia la adopción de diversas disposiciones; es el aspecto del proceso a que se refiere el párrafo 2, como se desprende de las palabras "tomarán disposiciones". En segundo lugar, incluso después de haberse conseguido armonizar las políticas, normalmente será necesaria la continuación de los esfuerzos de cooperación para mantener esa armonización a medida que cambian las circunstancias. Todo el proceso dependerá necesariamente del consenso entre los Estados del curso de agua.

8) El párrafo 3 dispone que los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de uno o varios de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias que, en razón de su carácter peligroso, deben ser objeto de reglamentación especial. Tales sustancias son principalmente las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas. La práctica de confeccionar listas de sustancias cuya descarga en los cursos de agua internacionales está prohibida o sujeta a reglamentación especial se ha adoptado en una serie de convenios internacionales y otros instrumentos[286]. Los Estados han adoptado para la descarga de esas sustancias regímenes especiales a causa de su carácter especialmente peligroso y duradero. En realidad, el objeto de alguno de los convenios recientes relativos a esas sustancias es eliminarlas totalmente de los cursos de agua a que se refieren[287]. Con la disposición contenida en el párrafo 3 no se pretende en modo alguno sugerir que la contaminación por

---

[286] Véase, por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química, Naciones Unidas, de 1976 (Recueil des Traités, vol. 1124, pág. 375); el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, de 1978, Treaties and other International Acts Series, No. 9257.

Véase también el proyecto de convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), párr. 376; el párrafo 2 del artículo III de la resolución de Atenas sobre "La contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional", del Instituto de Derecho Internacional, Annuaire de l'Institut de droit international, 1979, vol. 58-II, y el artículo 2 de las Reglas de Montreal sobre el derecho internacional aplicable a la contaminación transfronteriza, aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en 1982 (ADI, Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982, págs. 13 y 535).

Se ha adoptado también el mismo planteamiento en el campo de la contaminación marina. Véase en especial, el Convenio de Londres sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972 (International Legal Materials, vol. XI (1972), pág. 1294). Este Convenio clasifica los desechos nocivos en tres categorías: aquellos cuya descarga está totalmente prohibida; aquellos cuya descarga está sujeta a un permiso especial previo, y aquellos cuya descarga está sujeta sólo a un permiso general previo.

[287] En la nota anterior figuran ejemplos de tales acuerdos.

sustancias tenga mayor importancia o mayores efectos que cualquier otra alteración nociva resultante de la conducta humana, como las consecuencias termales de la energía.

9) El cuarto informe del Relator Especial[288] contiene un estudio de los ejemplos representativos de convenios internacionales, la labor de las organizaciones internacionales, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales y otros casos de práctica de los Estados en que se apoya el artículo 21. Un estudio reciente enumera 88 convenios internacionales "que contienen disposiciones de fondo relativas a la contaminación de los cursos de agua internacionales"[289]. La labor de las organizaciones internacionales no gubernamentales que se ocupan del derecho internacional y los grupos de expertos en este campo ha sido especialmente abundante[290]. Esas fuentes son prueba de la vieja preocupación de los Estados por el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales.

Artículo 22

Introducción de especies extrañas o nuevas

Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para impedir la introducción, en un curso de agua internacional, de especies extrañas o nuevas que produzcan o puedan producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua que originen daños sensibles para otros Estados del curso de agua.

Comentario

1) La introducción en un curso de agua de especies de la flora o la fauna extrañas o nuevas puede alterar el equilibrio ecológico y originar graves problemas, entre ellos la obstrucción de las tomas de agua y la maquinaria hidráulica, el menoscabo de las actividades recreativas, la aceleración de la

---

[288] Anuario ... 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412/Add.1, párrs. 38 a 88.

[289] J. Lammers, Pollution of International Waters (1984), págs. 124 y ss. Véase también el estudio de J. J. A. Salmon, efectuado en relación con el estudio del Instituto de Derecho Internacional sobre "Las obligaciones relativas a la protección del medio acuático" en Annuaire de l'Institut de droit international, 1979, vol. 58-I, págs. 195 a 200 y 268 a 271.

[290] Especialmente en el caso del Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. Por lo que respecta al Instituto, véase en particular la resolución de Atenas sobre "La contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional", de 1979 (Annuaire de l'Institut de droit international (1979), vol. 58). En cuanto a la Asociación, véanse los artículos IX a XI de las Normas de Helsinki; las Reglas de Montreal sobre la contaminación de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, de 1982; y el artículo 3 de las Reglas de Seúl sobre las aguas subterráneas internacionales, ADI (Report of the Committee on International Water Resources Law, Seoul Conference (1986), pág. 38). Véanse asimismo los principios jurídicos relativos a la protección ambiental y el desarrollo sostenible elaborados por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations (1987), pág. 45.

eutrofización, la alteración de las cadenas alimentarias, la eliminación de otras especies, muchas veces valiosas, y la transmisión de enfermedades. Una vez introducidas, las especies extrañas o nuevas pueden ser muy difíciles de erradicar. El artículo 22 se ocupa de este problema y dispone que los Estados tomarán todas las medidas necesarias para impedir esa introducción. Como ya se ha observado, ese tema se debe tratar en una disposición separada porque la definición de "contaminación", que figura en el párrafo 1 del artículo 21, no abarca las alteraciones de orden biológico[291]. El artículo 196 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, contiene una disposición análoga, relativa a la protección del medio marino[292].

2) El término "especies" abarca la flora y la fauna, esto es, las plantas, los animales y otros organismos vivos[293]. El término "extrañas" designa las especies no autóctonas, mientras que el término "nuevas" comprende las especies que han sido objeto de alteraciones genéticas o que son producto de la ingeniería biológica. Como se desprende claramente de estos términos, el artículo se refiere únicamente a la introducción de esas especies directamente en el curso de agua y no a la piscicultura u otras actividades realizadas fuera del curso de agua[294].

3) El artículo 22 dispone que los Estados del curso de agua "tomarán todas las medidas necesarias" para impedir la introducción de especies extrañas o nuevas. Mediante esta expresión, que se utiliza también en el artículo 196 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, se quiere indicar que los Estados del curso de agua deben emprender estudios, en la medida de sus posibilidades, y tomar las precauciones necesarias para impedir que los poderes públicos o los particulares introduzcan en un curso de agua especies extrañas o nuevas. Este artículo establece una obligación de debida diligencia, que no se considerará infringida si un Estado del curso de agua ha hecho todo lo que razonablemente cabía esperar que hiciera para impedir la introducción de tales especies.

4) La "introducción" que los Estados del curso de agua deben impedir mediante la adopción de todas las medidas necesarias es de un género que puede "producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua que originen daños sensibles para otros Estados del curso de agua". Cualquier introducción de especies extrañas o nuevas en un curso de agua internacional debe tratarse con gran prudencia, pero la Comisión opinó que la correspondiente obligación jurídica establecida en virtud de este artículo debía estar en consonancia con la norma general contenida en el artículo 7. Como los efectos nocivos de las especies extrañas o nuevas se manifestarán ante todo, casi invariablemente, en el ecosistema del curso de agua, el artículo se refiere a ese nexo entre la "introducción" de la especie y el daño sensible. Como en el caso del párrafo 2 del artículo 21, el empleo de la palabra "puedan" indica que es necesario tomar medidas para prevenir los graves problemas que pueden producir las especies extrañas o nuevas. Aunque en el párrafo 2 del artículo 21 el término "medio ambiente" se incluyó para dar énfasis, huelga decir que los "daños sensibles para otros Estados del curso de agua" mencionados en este artículo abarcan los

---

[291] Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 21.

[292] Párrafo 1 del artículo 196.

[293] Así, abarca los parásitos y los vectores de enfermedades.

[294] Sin embargo, tal vez se requieran medidas precautorias apropiadas para impedir que penetre en el curso de agua cualquier especie extraña o nueva relacionada con esas actividades.

daños al medio ambiente de esos Estados. Por último, a semejanza de otros aspectos de la protección de los cursos de agua internacionales, la acción mancomunada podrá ser tan necesaria como la acción individual para impedir que se introduzcan en cursos de agua internacionales especies extrañas o nuevas.

Artículo 23

Protección y preservación del medio marino

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas con respecto a un curso de agua internacional que sean necesarias para proteger y preservar el medio marino, incluidos los estuarios, teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas.

Comentario

1) El artículo 23 versa sobre el problema cada vez más grave de la contaminación transportada al medio marino por los cursos de agua internacionales. Aunque los efectos de esa contaminación en el medio marino, incluidos los estuarios, se ha reconocido sólo en fecha relativamente reciente, ya es objeto, directa o indirectamente, de varios convenios. En particular, la obligación de no causar al medio marino daños de contaminación de origen terrestre se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[295], y en convenios relativos a diversos mares regionales[296].

2) Sin embargo, la obligación que enuncia el artículo 23 no tiene por objeto la protección del medio marino en sí mismo, sino la adopción de las medidas "con respecto a un curso de agua internacional" que sean necesarias para proteger el medio marino. Pero la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua en virtud del artículo 23 es independiente de las obligaciones enunciadas en los artículos 20 a 22 y complementaria de éstas. Así, cabe imaginar que un Estado de un curso de agua cause daños a un estuario mediante la contaminación de un curso de agua internacional sin violar su obligación de no causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua. El artículo 23 establece que ese Estado del curso de agua está obligado a tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el estuario.

3) La expresión "todas las medidas ... necesarias" tiene, mutatis mutandis, el mismo sentido que en el artículo 22[297]. En el presente caso, los Estados del curso de agua deben tomar todas las medidas necesarias que estén a su alcance, desde los puntos de vista financiero y tecnológico. La expresión "individual o

---

[295] Véase el apartado a) del párrafo 3 del artículo 194 y el artículo 207.

[296] Véanse, por ejemplo, los acuerdos citados en International Legal Materials, y vol. XIII (1974), págs. 352 y 546; ibíd., vol. XV (1976), pág. 290; y vol. XVII (1978), pág. 511 y vol. XX (1980), pág. 873. Véanse asimismo las Declaraciones Ministeriales de las diversas Conferencias Internacionales sobre la Protección del Mar del Norte: la Primera Conferencia Internacional (Bremen, 31 de octubre y 1º de noviembre de 1984); la Segunda Conferencia Internacional (Londres, 24 y 25 de noviembre de 1987); y la Tercera Conferencia Internacional (La Haya, 8 de marzo de 1990).

[297] Véase más arriba el párrafo 3 del comentario al artículo 22.

conjuntamente" tiene también, mutatis mutandis, el mismo sentido que en el artículo 20[298] y el párrafo 2 del artículo 21[299]. Así pues, los Estados del curso de agua están obligados, llegado el caso, a tomar mancomunadamente y en cooperación medidas para proteger el medio marino contra la contaminación transportada por un curso de agua internacional. Tales medidas tienen que adoptarse de manera equitativa. Los términos "proteger" y "preservar" tienen, mutatis mutandis, el mismo sentido que en el artículo 20[300]. Sin perjuicio del sentido que se le da en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 y en otros convenios internacionales, se entiende que la expresión "medio marino" comprende, en particular, el agua, la flora y fauna marinas y los fondos marinos y oceánicos[301].

4) El artículo concluye con las palabras "teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas", empleadas también en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[302]. Dichas palabras se refieren tanto a las normas de derecho internacional general como a las basadas en convenios internacionales y a las reglas adoptadas por los Estados y las organizaciones internacionales en cumplimiento de esos convenios[303].

Artículo 24

Gestión

1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión.

2. A los efectos de este artículo, se entiende por "gestión", en particular:

a) El hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y de velar por la ejecución de los planes que se adopten;

b) El hecho de promover de otro modo la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua.

---

[298] Véase más arriba el párrafo 4 del comentario al artículo 20.

[299] Véase más arriba el párrafo 5 del comentario al artículo 21.

[300] Véase más arriba el párrafo 3 del comentario al artículo 20.

[301] La expresión "medio marino" no está definida en la Convención de 1982, mientras que la expresión "contaminación del medio marino" se define en el apartado 4) del párrafo 1 de su artículo 1.

[302] Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 211.

[303] Véanse, en especial, los convenios mencionados en International Legal Materials, vol. XIII (1974), págs. 352 y 546; ibíd., vol. XV (1976), pág. 290; vol. XVII (1978), pág. 511; y vol. XX (1980), pág. 873.

Comentario

1) El artículo 24 reconoce la importancia de la cooperación de los Estados del curso de agua en la gestión de los cursos de agua con miras a asegurar su protección y los mayores beneficios para todos los Estados del curso de agua interesados. Su propósito es facilitar a los Estados del curso de agua el examen de las modalidades de gestión apropiadas para cada Estado y cada curso de agua de que se trate.

2) El párrafo 1 dispone que los Estados del curso de agua entablarán consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional si así lo pide cualquiera de los Estados de este curso de agua. Este párrafo no obliga a los Estados del curso de agua a "gestionar" del curso de que se trate, ni a crear una organización mixta, como una comisión u otro órgano de gestión. El resultado de las consultas dependerá de los Estados interesados. En la práctica, los Estados han creado numerosas comisiones conjuntas de ríos y lagos u otras comisiones análogas, muchas de las cuales tienen a su cargo la gestión de cursos de agua internacionales. Sin embargo, la gestión de esos cursos de agua puede lograrse también por otros medios de carácter menos oficial, como la celebración regular de reuniones de los organismos pertinentes u otros representantes de los Estados interesados. Así, para dar cabida a formas menos oficiales de gestión, el párrafo 1 hace referencia no a una organización sino a un "órgano" de gestión.

3) El párrafo 2 señala en términos generales los elementos más comunes de un programa de gestión de un curso de agua internacional. El empleo en este artículo de términos como "aprovechamiento sostenible" y "utilización racional y óptima" se ha de entender en relación con el proceso de gestión. No afecta en modo alguno a la aplicación de los artículos 5 y 7, que establecen la base fundamental del proyecto de artículos en su integridad. El apartado a) destaca la importancia fundamental que reviste el hecho de planificar el aprovechamiento de un curso de agua internacional para que tenga un carácter duradero en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Si bien está demostrado que las comisiones mixtas constituyen un medio eficaz para ejecutar planes de esta naturaleza, los Estados del curso de agua interesados también pueden aplicar individualmente sus propios planes. Las funciones que se señalan en el apartado b) representan también elementos comunes de los regímenes de gestión. La mayoría de los términos concretos empleados en este apartado están tomados de otros artículos del proyecto, en particular del artículo 5. El uso del calificativo "racional" indica que "la utilización ..., la protección y el control" de un curso de agua internacional deben ser planificados por los Estados del curso de agua interesados y no ser un resultado fortuito o de circunstancias específicas. Considerados en su conjunto, los apartados a) y b) abarcan las funciones siguientes: planificar el aprovechamiento sostenible, polivalente e integrado de los cursos de agua internacionales; facilitar el suministro e intercambio regular de datos e información entre los Estados del curso de agua; y vigilar de manera continuada los cursos de agua internacionales.

4) Un estudio de las cláusulas de los tratados relativas a los arreglos institucionales muestra, en particular, que los Estados han creado una amplia gama de organizaciones a los fines de la gestión de los cursos de agua internacionales. Algunos acuerdos sólo se refieren a un determinado curso de agua, mientras que otros lo hacen a varios de ellos o grandes cuencas 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 24 son lo suficientemente generales para servir de base a un acuerdo marco. Al mismo tiempo, el artículo tiene por objeto proporcionar a los Estados del curso de agua orientación en cuanto a las atribuciones y funciones que pueden encomendarse a los órganos o instituciones mixtas que decidan establecer.

5) La idea de establecer mecanismos mixtos para la gestión de cursos de agua internacionales no es en absoluto nueva[304]. 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"[305]. Muchos de los primeros acuerdos sobre sistemas de cursos de agua internacionales, en especial los del siglo XIX, se ocupaban en especial de reglamentar la navegación y la pesca[306]. 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[307]. Esta clase de usos, que han pasado a ocupar el primer lugar debido a un gran aumento de la demanda de agua, alimentos y electricidad, han obligado en una medida mucho mayor a crear organismos mixtos para la aplicación de los distintos acuerdos. Actualmente hay casi tantos organismos mixtos como cursos de agua internacionales[308]. Ellos pueden ser ad hoc o

---

[304] 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 encomendó 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 Austria y los Países Bajos, en virtud del cual se constituyó un órgano bilateral que debía determinar los mejores lugares para construir conjuntamente represas en el río Mosa (Martens, Recueil des Traités, segunda edición, vol. 4, pág. 56, también citado en el informe de la Comisión Económica para Europa (CEPE) de 1952, "Legal aspects of hydroelectric development of rivers and lakes of common interest", documento E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1, párrs. 175 y ss).

[305] Resolución sobre "Reglamentación internacional del uso de las aguas internacionales" (Annuaire de l'Institut de droit international, 1911, vol. 24, págs. 365 a 367, reproducidas en el Anuario... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 212, documento A/5409, párr. 1071).

[306] Puede encontrarse una examen ilustrativo en el cuarto informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrs. 39 a 48.

[307] 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, No. 1 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.75.II.A.2) (1987), págs. 35 a 39, especialmente la página 39.

[308] 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

(continúa...)

permanentes, y sus funciones y facultades pueden ser muy diversas[309]. 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 mecanismos mixtos de gestión, a fin de obtener los mayores beneficios posibles de los cursos de agua internacionales y proteger esos cursos[310].

Artículo 25

Regulación

1. Los Estados del curso de agua cooperarán según proceda en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

---

[308] (...continuación)

fines distintos de la navegación, abril de 1979 (no publicada)). Aunque la mayor parte de las comisiones incluidas en la lista están encargadas de sistemas de cursos de agua en Europa, todas las regiones del mundo están representadas. Además, cuando se preparó la lista, venían incrementándose los arreglos administrativos en los países en desarrollo, especialmente en África (ibíd., pág. ii).

[309] 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 ADI, Report of the Fifty-seventh Conference, Madrid, 1976, págs. 256 a 266; Ely y Wolman, "Administration", en The Law of International Drainage Basins, pág. 124; y el sexto informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/427 y Add.1, párrs. 3 a 6. Los tipos de funciones y facultades encomendadas a los mecanismos mixtos de gestión están ilustrados por los tres acuerdos siguientes en tres continentes distintos: la Convención en virtud de la cual se creó la Dirección de la Cuenca del Níger, de 21 de noviembre de 1980 (Alto Volta, Benin, Camerún, Côte d'Ivoire, Chad, Guinea, Malí, Níger y Nigeria), arts. 3 a 5 (Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/ Serie del Agua, No 13, Tratado No. 13, pág. 56); el Tratado relativo a las aguas del Indo, de 19 de septiembre de 1960 (India y Pakistán) (Textes législatifs, Tratado No. 98, 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 (ibíd., Tratado No. 79, pág. 260).

[310] 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, número de venta: S.73.II.A.14), cap. II, "Plan de Acción para el Medio Humano", recomendación 51; y Naciones Unidas, Comisión Económica para África, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, Reunión Interregional sobre la Ordenación de las Cuencas Fluviales y Lacustres, especialmente de la región de África, 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 anterior Relator Especial, A/CN.4/427, párrs. 7 a 17.

2. Salvo que hayan acordado otra cosa, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento o la financiación de las obras de regulación que hayan convenido en ejecutar.

3. A los efectos de este artículo, se entiende por "regulación" la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 25 trata de la regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional. La regulación de tal caudal suele ser necesaria para prevenir algunos efectos perjudiciales de la corriente, como las inundaciones y la erosión, o bien para obtener el máximo de beneficios del curso de agua. El presente artículo comprende tres párrafos en los que se enuncian, respectivamente, la obligación básica en materia de regulación, el principio de la participación equitativa aplicable a la regulación y la definición del término "regulación".

2) El párrafo 1 es una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 8. Este párrafo establece que los Estados del curso de agua deben cooperar, según proceda, en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación. Como se señala en el párrafo anterior del presente comentario, las necesidades o posibilidades de regulación estarán determinadas normalmente por el interés de prevenir los daños y de incrementar los beneficios que se obtienen del curso de agua internacional de que se trate. Las palabras "según proceda" subrayan que la obligación no consiste en identificar necesidades y posibilidades sino en atender a las existentes.

3) El párrafo 2 se aplica en el caso de que los Estados del curso de agua hayan convenido en ejecutar obras para regular el caudal de las aguas de un curso de agua internacional. Se trata de una función residual, en virtud de la cual esos Estados "participarán de manera equitativa" en la construcción, el mantenimiento o la financiación de dichas obras, a no ser que hayan acordado cualquier otra solución. La obligación establecida entraña una aplicación concreta de la obligación general de participación equitativa enunciada en el artículo 5. En todo caso, los Estados del curso de agua no están obligados a "participar" en la regulación de obras de las cuales no obtienen beneficios. Simplemente, se trata de que el Estado del curso de agua que convenga con otro en ejecutar obras de regulación que lo beneficien, estará obligado, si no hay acuerdo en contrario, a contribuir a la construcción y el mantenimiento de las obras, de manera proporcionada a los beneficios que le reportan.

4) El párrafo 3 define el término "regulación". En la definición se identifican, en primer término, las medidas de regulación, a saber, las "obras hidráulicas o cualquier otra medida estable" y, en segundo término, los fines que persigue la regulación, a saber, "alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas". Generalmente, las medidas específicas de regulación incluyen obras tales como represas, embalses, esclusas, canales, terraplenes, diques y fortificación de las márgenes del río. El objeto de esas obras puede ser regular el caudal de las aguas para impedir inundaciones en una estación y sequías en otra; prevenir la grave erosión de las márgenes de un río o bien modificar su curso; y asegurar un abastecimiento apropiado de agua, por ejemplo, manteniendo la contaminación dentro de límites aceptables, o bien

permitir usos como la navegación y el transporte de madera flotante. Las obras de regulación o control que hacen más estable el caudal de las aguas pueden servir también para aumentar los períodos de irrigación, facilitar o aumentar la generación de electricidad, disminuir el entarquinamiento, impedir las aguas estancadas que favorecen la reproducción del vector del paludismo y favorecer las pesquerías. Sin embargo, la regulación del caudal de un curso de agua internacional también puede tener efectos perjudiciales en otros Estados del curso de agua. Por ejemplo, una represa podría reducir el caudal estacional de las aguas de un Estado del curso inferior o provocar inundaciones en un Estado del curso superior. El hecho de que la regulación del caudal de las aguas sea necesaria para lograr su utilización óptima y, al mismo tiempo, potencialmente perjudicial, muestra la importancia de la cooperación entre los Estados del curso de agua, en la forma prevista en el artículo 27.

5) Las numerosas disposiciones sobre la regulación de los cursos de agua internacionales contenidas en los tratados demuestran que los Estados reconocen la importancia de la cooperación al respecto[311]. Esa práctica y la necesidad de promover la cooperación entre los Estados del curso de agua para la regulación ha dado lugar también a que una organización de especialistas en derecho internacional preparara una serie de normas y recomendaciones generales sobre la regulación de los cursos de agua internacionales[312]. El presente artículo, que se inspiró en la práctica de los Estados a ese respecto, contiene obligaciones generales apropiadas para un instrumento marco sobre un tema que interesa a todos los Estados de los cursos de agua.

---

[311] Varias disposiciones de ese tipo se indican en el quinto informe del anterior Relator Especial, Anuario ... 1989, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/421/Add.1 y 2, párrs. 131 a 138. Entre los ejemplos representativos figuran el acuerdo de 1959 entre la Unión Soviética, Noruega y Finlandia relativo a la regularización del régimen del lago Inari por medio de la central hidroeléctrica y de la presa de Kaitakoski, Naciones Unidas (Recueil des traités, vol. 346, pág. 167); el Tratado de 1944 entre los Estados Unidos y México referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande) desde Fort Quitman, Texas, hasta el golfo de México, ibíd., vol. 3, pág. 313; el Acuerdo de 1959 entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del río Nilo, (ibíd., vol. 453, pág. 51); el Tratado de la Cuenca del Plata, de 1969 (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay) (art. I, párr. b)) (ibíd., vol. 875, pág. 11); y el Tratado de 1960 entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo (Textes législatifs, Tratado No. 98, págs. 325 a 332 (anexo E)).

[312] En su Conferencia de Belgrado de 1980, la Asociación de Derecho Internacional aprobó nueve artículos sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, Asociación de Derecho Internacional, ADI, Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980, pág. 4. Los artículos figuran en el quinto informe del Relator Especial, Anuario ... 1989, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/421/Add.1 y 2, párr. 139.

Artículo 26

Instalaciones

1. Los Estados de curso de agua harán lo posible, dentro de sus respectivos territorios, por mantener y proteger las instalaciones, construcciones y otras obras relacionadas con un curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales sensibles, consultas sobre:

a) El buen funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones, construcciones u otras obras relacionadas con un curso de agua internacional;

b) La protección de las instalaciones, construcciones u otras obras contra actos dolosos o culposos o contra las fuerzas naturales.

Comentario

1) El artículo 26 trata de la protección de instalaciones tales como embalses, represas, diques y esclusas, contra el deterioro, las fuerzas naturales o los actos humanos que puedan causar perjuicios sensibles a otros Estados del curso de agua. Este artículo consta de dos párrafos en los que respectivamente, se establece, una obligación de carácter general y se prevé la celebración de consultas sobre la seguridad de las instalaciones.

2) El párrafo 1 obliga a los Estados del curso de agua a hacer "lo posible" por mantener y proteger las instalaciones que en él se indican. Para cumplir esta obligación, los Estados del curso de agua pueden tomar individualmente todas las medidas que estén a su alcance para mantener y proteger las instalaciones, construcciones y demás obras relacionadas con un curso de agua internacional. Así, por ejemplo, los Estados del curso de agua deben emplear la debida diligencia en el mantenimiento de una represa, esto es, asegurar buenas condiciones de funcionamiento a fin de que no ceda y cause daños sensibles a otros Estados del curso de agua. Asimismo, se deben adoptar todas las precauciones razonables para proteger esas obras de ciertos tipos previsibles de daño debidos a fuerzas de la naturaleza, como las inundaciones, o a actos humanos, ya sean dolosos o culposos. Son actos dolosos, entre otros, el terrorismo y el sabotaje y es negligente todo comportamiento que no entrañe la diligencia debida en razón de las circunstancias del caso y que cause daño a las instalaciones de que se trate. Las palabras "dentro de sus respectivos territorios" reflejan el hecho de que el mantenimiento y la protección de las obras serían 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 sensibles", como consecuencia del funcionamiento, el mantenimiento o la protección de las instalaciones pertinentes. Así, a diferencia del párrafo 1, el presente párrafo se refiere al caso excepcional de que un Estado del curso de agua esté convencido de la posibilidad de un peligro determinado. La situación a que se refiere el párrafo 2 debe distinguirse también de los "casos de urgencia" de que trata el artículo 28. Las situaciones previstas en este último artículo suponen, entre otras cosas, un peligro inminente, pero en el caso del párrafo 2 del presente artículo, el peligro no es necesariamente inminente aun cuando no ha de ser tan remoto que se considere mínimo. La exigencia de que un Estado del curso de agua tenga "razones graves para creer" que puede sufrir efectos perjudiciales es una norma objetiva y supone la existencia de un peligro real. La expresión "razones graves para creer" se emplea también en el artículo 18, con el mismo significado. Además, está en consonancia con la práctica de los Estados, que generalmente celebran consultas cuando existen motivos razonables para preocuparse por efectos perjudiciales efectivos o potenciales. Por último, la expresión "efectos perjudiciales sensibles" se emplea en el mismo sentido que en el artículo 12. Así, el umbral establecido por esta norma es más bajo que el determinante de los "daños sensibles"[313].

4) La obligación establecida en el párrafo 2 de entablar consultas en el caso de efectos perjudiciales apreciables se aplica en dos situaciones diferentes. En primer término, esos efectos pueden deberse al funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones. Por ello, el apartado a) trata de las consultas relativas a su buen funcionamiento o mantenimiento. En segundo término, los efectos perjudiciales pueden deberse a daños en las instalaciones causados por actos dolosos o culposos o fuerzas naturales. Así, en virtud del apartado b) del párrafo 2 el Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que puede sufrir daños como consecuencia de esos actos o fuerzas naturales, tendrá derecho a entablar consultas sobre la protección de las instalaciones de que se trate contra actos tales como el terrorismo y el sabotaje o fuerzas tales como corrimientos de tierra o inundaciones.

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[314] y disponen que los planes de las obras no podrán llevarse a cabo sin la aprobación previa de las partes[315]. 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[316]. El artículo 26 no va tan lejos

---

[313] Véase más arriba el párrafo 2 del comentario al artículo 12.

[314] 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 No. 235, pág. 862; resumido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 161, documento A/5409, párrs. 849 a 854.

[315] Véase la 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, No. 1 (enero-marzo de 1965), pág. 571; resumido en Anuario ... 1974, vol. II (segunda parte), pág. 338, documento A/CN.4/274, párr. 229.

[316] Ibíd., art. 2.

pero establece normas generales subsidiarias destinadas a prever niveles básicos de protección y seguridad de las obras relacionadas con los cursos de agua internacionales.

Parte V

EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA

Artículo 27

Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas apropiadas para prevenir o atenuar los efectos que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano, como crecidas o deshielos, enfermedades de origen hídrico, entarquinamiento, erosión, intrusión de agua salada, sequía o desertificación, que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua.

Comentario

1) El artículo 27 versa sobre una amplia variedad de "efectos" relacionados con los cursos de agua internacionales que pueden ser nocivos para los Estados del curso de agua. Aunque pueda discutirse si el daño resulta del hecho originario mismo o de sus efectos, no hay duda de que problemas tales como las crecidas o deshielos, la sequía y las enfermedades de origen hídrico, para mencionar sólo algunos, tienen consecuencias graves para los Estados del curso de agua. Este artículo se refiere a la prevención y atenuación de tales efectos, mientras que el artículo 28 trata de las obligaciones de los Estados del curso de agua en relación con las medidas que hay que adoptar para hacer frente a los casos de urgencia que realmente sobrevengan. Las medidas que deben adoptarse para prevenir y atenuar esos efectos tienen carácter previo y, por tanto, son totalmente diferentes de las adoptadas para hacer frente a casos de urgencia.

2) Como en el caso de los artículos 20, 21 y 23, este artículo dispone que tales medidas se tomen "individual o conjuntamente". Como en dichos artículos, la expresión constituye una aplicación de la obligación general de participación equitativa enunciada en el artículo 5. El requisito de que los Estados del curso de agua tomen "todas las medidas apropiadas" significa que deben tomar las medidas que correspondan a la situación de que se trata y que sean razonables teniendo en cuenta las circunstancias del Estado del curso de agua. Tiene en cuenta las posibilidades de los Estados del curso de agua, en lo que concierne tanto a los medios a su alcance para descubrir los efectos como a su capacidad para tomar las medidas necesarias.

3) Los efectos de que trata el artículo 27 pueden ser resultado de causas naturales, de un comportamiento humano o de una combinación de ambas cosas[317]. La expresión "que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano" abarca esas tres posibilidades. Aunque los Estados no pueden impedir los fenómenos que sobrevienen exclusivamente por causas naturales, pueden hacer

---

[317] Por ejemplo, las crecidas y el entarquinamiento pueden ser resultado de la deforestación unida a unas fuertes precipitaciones. O bien una crecida puede ser resultado de los daños causados a una presa por un terremoto.

mucho para prevenir y atenuar los efectos nocivos que son consecuencia de tales fenómenos. Por ejemplo, es posible prevenir las crecidas, o atenuar su gravedad, mediante la construcción de embalses, la repoblación forestal o prácticas mejoradas de ordenación territorial.

4) La lista de efectos que figura al final del artículo no es exhaustiva, pero comprende la mayoría de los problemas más importantes que se pretende tratar en este artículo. Otros efectos a que se refiere el artículo son, en particular, los problemas de drenaje y las obstrucciones de la corriente. Puede parecer, a primera vista, que los problemas de sequía y desertificación no encajan con los otros problemas mencionados puesto que, a diferencia de éstos, son resultado de la falta de agua más bien que efectos nocivos de ésta. Pero los efectos de una sequía, por ejemplo, pueden resultar considerablemente agravados por usos inadecuados de gestión del agua[318]. Y los Estados situados en regiones víctimas de la sequía y la desertificación han demostrado su determinación de cooperar con el propósito de luchar contra esos problemas y atenuarlos[319]. Estos problemas se mencionan expresamente en el artículo en razón de su gravedad, y del hecho de que las medidas de cooperación entre los Estados del curso de agua pueden contribuir en gran medida a prevenirlos o atenuarlos.

5) Los tipos de medidas que pueden tomarse en virtud del artículo 27 son muchas y muy diversas. Esas medidas van del intercambio puntual y regular de datos e información, que sirvan para prevenir y atenuar los efectos de que se trata, a tomar todas las disposiciones razonables para que las actividades en el territorio de un Estado del curso de agua se lleven a cabo de manera que no produzcan efectos nocivos para otros Estados del curso de agua. Pueden comprender también la celebración de consultas relativas a la planificación y aplicación de medidas conjuntas, entrañen o no la construcción de obras, y la preparación de estudios sobre la eficacia de las medidas adoptadas.

6) El artículo 27 se basa en las disposiciones de numerosos tratados[320], en las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, la

---

[318] Véase, por ejemplo, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (E/CONF.70/29), págs. 112 y 113.

[319] Véase, por ejemplo, inciso iv) del apartado c) e inciso iv) del apartado d) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención de 1980 por la que se crea la Comisión de la Cuenca del Níger, que dispone que la Comisión realizará actividades de "prevención y control de la sequía y la desertificación...", transcrito en Treaties concerning the Utilization of International Watercourses por Other Purposes than Navigation, Recursos Naturales/Serie del Agua, No. 13, págs. 58 y 59. Véase asimismo la Convención por la que se crea el Comité Permanente Interestatal de Lucha contra la Sequía en el Sahel, de 1973, incisos i) y iv) del artículo 4 (documento A/9178).

[320] Véase, por ejemplo, la recopilación sistemática de las disposiciones de los tratados relativas a las crecidas en el informe presentado en 1972 por el Comité del Derecho de los Recursos Hídricos Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional (ADI, Report of the Fifty-fifth Conference, New York, 1972, parte II, Lucha contra las crecidas, págs. 43 a 97). Varios de esos acuerdos establecen disposiciones sobre consultas, notificación, intercambio de datos e información, funcionamiento de sistemas de alerta, preparación de encuestas y estudios, planificación y ejecución de medidas de lucha contra las crecidas y explotación y mantenimiento de obras.

práctica de los Estados y la labor de las organizaciones internacionales[321]. En el quinto informe del anterior Relator Especial se han estudiado y analizado ejemplos representativos[322].

Artículo 28

Casos de urgencia

1. A los efectos de este artículo, se entiende por "caso de urgencia" toda situación que causa graves daños a los Estados del curso de agua o a otros Estados, o crea un peligro inminente de causar tales daños, y que resulta súbitamente de causas naturales, como las crecidas, el deshielo, los desprendimientos de tierras o los terremotos, o de un comportamiento humano, como en el caso de los accidentes industriales.

2. Todo Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier caso de urgencia que sobrevenga en su territorio.

3. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia.

4. De ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a los casos de urgencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes.

Comentario

1) El artículo 28 versa sobre las obligaciones que tienen los Estados del curso de agua de responder a los casos reales de urgencia que estén relacionados con los cursos de agua internacionales, a diferencia del artículo 27, que se refiere a la prevención y atenuación de los efectos que puedan ser nocivos para los Estados del curso de agua[323].

2) El párrafo 1 define la expresión "caso de urgencia". Esta definición contiene una serie de elementos importantes e incluye varios ejemplos a título indicativo. Según esa definición, el "caso de urgencia" debe causar "graves daños" a los Estados del curso de agua "o a otros Estados", o crear un peligro inminente de causar tales daños. La gravedad de esos daños y lo súbito del evento justifica las medidas que establece el artículo. La expresión "otros Estados" se refiere a los Estados que, sin ser Estados del curso de agua, pueden resultar afectados por un caso de urgencia. Esos Estados serán normalmente

---

[321] Véanse, en especial, los artículos relativos a la lucha contra las crecidas adoptados en 1972 por la Asociación de Derecho Internacional (ibíd.).

[322] Documento A/CN.4/421 y Add.1, párrs. 2 a 116.

[323] Véase el párrafo 1 del comentario a dicho artículo.

Estados costeros que pueden ser víctimas de daños causados, por ejemplo, por un derrame de sustancias químicas transportadas por un curso de agua internacional hasta el mar. La situación que constituye el caso de urgencia debe surgir "súbitamente". Esto no significa por fuerza, sin embargo, que la situación tenga que ser totalmente imprevista. Por ejemplo, las tendencias meteorológicas pueden proporcionar de antemano un indicio de la probabilidad de una crecida. Como esta situación crearía "un peligro inminente" de causar "graves daños a los Estados del curso de agua", el Estado del curso de agua en cuyo territorio fuera probable que sobreviniese la crecida estaría obligado, de conformidad con el párrafo 2, a notificar el caso de urgencia a los demás Estados que pudieran resultar afectados. Por último, la situación puede resultar "de causas naturales ... o de un comportamiento humano". Aunque quizás el Estado del curso de agua no incurriera en responsabilidad con respecto a los efectos nocivos causados en otro Estado del curso de agua por un caso de urgencia sobrevenido en el primero y enteramente atribuible a causas naturales, las obligaciones enunciadas en los párrafos 2 y 3 se aplicarían con todo a ese caso de urgencia[324].

3) El párrafo 2 dispone que todo Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia lo notificará "sin demora y por los medios más rápidos de que disponga" a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes. Obligaciones análogas figuran enunciadas, por ejemplo, en la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986[325], en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[326], y en diversos convenios relativos a cursos de agua internacionales[327]. Las palabras "sin demora" significan en seguida que se tenga conocimiento del caso de urgencia, y las palabras "por los medios más rápidos de que disponga" significan que tiene que utilizarse el medio de comunicación más rápido a que se pueda recurrir. Los Estados a los que hay que dirigir la notificación no son sólo los Estados del curso de agua ya que, como se ha señalado anteriormente, pueden resultar afectados por un caso de urgencia Estados que no son Estados del curso de agua. El párrafo dispone asimismo que se dirija la notificación a "las organizaciones internacionales competentes". Tales organizaciones tienen que ser competentes, en virtud de su instrumento constitutivo, para participar en las medidas que se adopten para hacer frente al caso de urgencia. En la mayoría de los casos, esa organización será una

---

[324] Así, la violación de una de esas obligaciones daría lugar a la responsabilidad de ese Estado.

[325] International Legal Materials, vol. XXV (1986), pág. 1.370, art. 2, pág. 1.371.

[326] Artículo 198.

[327] Véase, por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química, art. 11, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1124, pág. 375; el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, de 1978 (Treaties and other International Acts Series, Nº 9257); y el Convenio relativo a la Contaminación Accidental del Lago Lemán, de 1977 (Recopilación Oficial de las Leyes Suizas, 1977, pág. 2204, reproducido en Ruester, Simma y Bock, International Protection of the Environment, vol. XXV (1981), pág. 285).

organización creada por los Estados del curso de agua para, entre otras cosas, hacer frente a casos de urgencia[328].

4) El párrafo 3 dispone que el Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia "tomará inmediatamente ... todas las medidas posibles ... para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia". Las medidas más eficaces para contrarrestar los efectos de la mayoría de los casos de urgencia que resultan de un comportamiento humano son las que se toman cuando sobreviene el accidente industrial, la varada del buque u otro evento. Pero el párrafo dispone solamente que se tomen todas las medidas "posibles", es decir, las que son factibles, viables y razonables. Además, sólo las medidas "que requieran las circunstancias", es decir, las que estén justificadas por la situación objetiva creada por el caso de urgencia y sus posibles efectos en otro Estado. Como el párrafo 2, el párrafo 3 prevé la posibilidad de la existencia de una organización internacional competente, como una comisión mixta, con la que el Estado del curso de agua podrá cooperar al tomar las medidas necesarias. Y, por último, se establece también la cooperación con los Estados que puedan resultar afectados (incluidos, en este caso también, los Estados que no son Estados del curso de agua). Tal cooperación puede ser especialmente apropiada en el caso de los cursos de agua contiguos, o cuando un Estado que pueda resultar afectado esté en condiciones de prestar asistencia en el territorio del Estado del curso de agua en que haya sobrevenido el caso de urgencia.

5) El párrafo 4 contiene una obligación de distinto carácter de las enunciadas en los dos párrafos precedentes, ya que dispone que se adopten medidas previas y no posteriores. La necesidad de elaborar planes para hacer frente a los posibles casos de urgencia ha sido ya reconocida claramente. Por ejemplo, el artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, dispone que "los Estados elaborarán y promoverán en común planes de emergencia para hacer frente a incidentes de contaminación en el medio marino".

6) La obligación enunciada en el párrafo 4 incluye la salvedad "cuando proceda", en reconocimiento del hecho de que cabe que las circunstancias de algunos Estados del curso de agua y algunos cursos de agua internacionales no justifiquen quizás los esfuerzos y gastos que entraña la elaboración de planes de urgencia. La procedencia de tales planes dependerá, por ejemplo, de si las características del medio natural del curso de agua, o los usos a que éste y las zonas terrestres adyacentes están destinados, apuntan a la posibilidad de que sobrevengan casos de urgencia.

7) La responsabilidad principal de la elaboración de planes de urgencia recae en los Estados del curso de agua pero, en muchos casos, será apropiado prepararlos en cooperación con "los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes". Por ejemplo, el establecimiento de sistemas de alerta eficaces quizás necesite la participación de otros Estados que no son Estados del curso de agua, así como la de organizaciones internacionales con competencia en esta esfera concreta. Por otra parte, la coordinación de las medidas para hacer frente a los casos de urgencia quizás sea más eficaz encomendarla a una organización internacional competente creada por los Estados interesados.

---

[328] Véase, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1124, pág. 375.

Parte VI

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 29

Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

Comentario

1) El artículo 29 se refiere a la protección que se ha de dar a los cursos de agua e instalaciones internacionales conexas y a su utilización en tiempos de conflicto armado. El artículo, que ha de entenderse sin perjuicio del derecho vigente, no establece ninguna norma nueva. Simplemente sirve para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado interno o internacional contienen importantes disposiciones relativas a los cursos de agua internacionales y las obras conexas. En términos generales, estas disposiciones pueden clasificarse en dos categorías: las relativas a la protección de los cursos de agua internacionales y las obras conexas; y las que tratan de la utilización de tales cursos de agua y obras. Dado que la reglamentación detallada de este tema rebasaría el alcance de un instrumento marco, el artículo 29 se limita a hacer referencia a cada una de esas categorías de principios y normas.

2) Los principios y normas de derecho internacional "aplicables" en un caso determinado son aquellos que son obligatorios para los Estados de que se trate. Así como el artículo 29 no altera ni modifica el derecho vigente, tampoco pretende hacer extensiva la aplicabilidad de un instrumento a Estados que no sean partes en él. Por otra parte, el artículo 29 no va dirigido solamente a los Estados del curso de agua, dado que los cursos de agua internacionales y las obras conexas también pueden ser utilizados o atacados por otros Estados en tiempos de conflicto armado. Aunque 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 épocas de conflicto armado. La obligación que tienen los Estados de curso de agua de proteger y utilizar los cursos de agua internacionales y las obras conexas en conformidad con los artículos permanece en vigor durante esas épocas. Sin embargo, la guerra puede afectar a un curso de agua internacional, así como a la protección y uso del mismo por los Estados del curso de agua. En tales casos el artículo 29 deja claro que se aplican las normas y los principios que rigen los conflictos armados. Por ejemplo, el envenenamiento de los suministros de agua

está prohibido por las Convenciones de La Haya de 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre[329] y el artículo 54 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949[330], mientras que el artículo 56 de ese Protocolo protege las presas, los diques y otras obras de ataques que "puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia pérdidas importantes en la población civil"[331]. 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[332]. En los casos no cubiertos por una norma concreta se ofrecen ciertas protecciones fundamentales en la "cláusula Martens". Esta cláusula, que se insertó originalmente en el preámbulo de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en una serie de convenios y protocolos[333], tiene hoy ya la condición de derecho internacional general. Básicamente dispone que incluso en casos no cubiertos por acuerdos internacionales concretos, los civiles y combatientes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los principios humanitarios y de los dictados de la conciencia pública. El mismo principio general se expresa en el artículo 10 del presente proyecto de artículos, que dispone que al conciliar un conflicto entre los usos de un curso de agua internacional se ha de prestar especial atención a la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Artículo 30

Procedimientos indirectos

Cuando haya graves obstáculos para establecer contactos directos entre Estados del curso de agua, los Estados interesados cumplirán las obligaciones de cooperación que les incumben con arreglo a los presentes

---

[329] Artículo 23 del Reglamento anexo a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en American Journal of International Law, vol. 2 (1908), pág. 106. Véase un comentario al artículo 23 en L. Oppenheim, International Law: A Treatise, séptima edición; H. Lauterpacht, ed., vol. 2, pág. 340, sec. 110.

[330] Art. 54, párr. 2.

[331] Art. 56, párr. 1.

[332] 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.

[333] Por ejemplo, el Protocolo para 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); Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 1, párr. 2); y la Convención de 1980 sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de tener efectos indiscriminados (preámbulo, párr. 5).

artículos mediante el intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones, por cualquier procedimiento indirecto que hayan aceptado.

Comentario

El artículo 30 trata del caso excepcional en que no puedan establecerse contactos directos entre los Estados del curso de agua interesados. Como ya se ha indicado en el comentario al artículo 9 (párr. 3), circunstancias como un conflicto armado o la ausencia de relaciones diplomáticas pueden representar graves obstáculos para el establecimiento de los tipos de contactos directos previstos en los artículos 9 a 19. No obstante, incluso en esas circunstancias habrá a menudo cauces que los Estados interesados utilicen a efectos de comunicarse informaciones entre sí. Ejemplos de esos cauces son terceros países, comisiones de armisticio y los buenos oficios de organizaciones internacionales. El artículo 30 requiere que las diversas formas de contacto previstas en los artículos 9 a 19 se efectúen por medio de cualquier cauce o "procedimiento indirecto" que hayan aceptado los Estados interesados. Todas las formas de contacto previstas en los artículos 9 a 19 quedan incluidas en las expresiones empleadas en el artículo 30, a saber, "intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones".

Artículo 31

Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en los presentes artículos obliga a ningún Estado del curso de agua a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, todo Estado del curso de agua cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Comentario

El artículo 31 establece una excepción muy estricta a los requisitos de los artículos 9 a 19. La Comisión opina que no sería realista suponer que los Estados estén de acuerdo con la difusión de información vital para su defensa o seguridad nacionales. Sin embargo, al mismo tiempo, un Estado del curso de agua que pueda experimentar los efectos perjudiciales de las medidas proyectadas no debe carecer por entero de información acerca de esos posibles efectos. Por consiguiente, el artículo 31 dispone que un Estado que retenga información "cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias". Las "circunstancias" mencionadas son las que determinaron la retención de los datos o información. La obligación de proporcionar "toda la información que sea posible" puede cumplirse en muchos casos facilitando una descripción general de la forma en que las medidas alterarían el estado del agua o afectarían a otros Estados. El artículo tiene, pues, por objeto lograr un equilibrio entre las necesidades legítimas de los Estados interesados: la necesidad de que la información delicada sea confidencial, por una parte, y la necesidad de información relativa a los posibles efectos perjudiciales de las medidas

proyectadas, por otra. Como siempre, la excepción que establece el artículo 31 ha de entenderse sin perjuicio de las obligaciones que incumbe al Estado que proyecta tomar las medidas en virtud de los artículos 5 y 7.

Artículo 32

No discriminación

> Salvo que los Estados del curso de agua interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que hayan sufrido daños transfronterizos sensibles a consecuencia de actividades relacionadas con un curso de agua internacional, o que estén expuestas a un riesgo grave de sufrir tales daños, los Estados del curso de agua no incurrirán en discriminación basada en la nacionalidad o la residencia o el lugar en que se produjeron los daños por lo que respecta al reconocimiento de la libertad de acceso de esas personas, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos al proceso judicial o de otra índole, o de su derecho a reclamar indemnización u otro resarcimiento de los daños sensibles causados por tales actividades realizadas bajo su jurisdicción.

Comentario

1) El artículo 32 establece el principio básico de que los Estados del curso de agua deben conceder acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole sin discriminación sobre la base de la nacionalidad, la residencia o el lugar donde se produjeron los daños.

2) Este artículo contiene dos elementos básicos, a saber, no discriminación por motivos de nacionalidad o residencia y no discriminación sobre la base del lugar donde se produjo el daño. La norma establecida obliga a los Estados a asegurar que toda persona, sea cual fuere su nacionalidad o su lugar de residencia, que haya sufrido daños transfronterizos sensibles a consecuencia de actividades relacionadas con un curso de agua internacional reciba, independientemente del lugar donde ocurriera o pudiera ocurrir el daño, el mismo trato que dispensa el país de origen a sus nacionales en caso de daño interno. Esta obligación no afectaría a la práctica vigente en algunos Estados que requiere que los extranjeros depositen una fianza, como condición para recurrir a los tribunales, con objeto de cubrir las costas procesales u otros gastos. Según el artículo esa práctica no constituye "discriminación" y se admite por medio de la frase "de conformidad con sus ordenamientos jurídicos". Como indican las palabras "que hayan sufrido daños transfronterizos sensibles ... o que estén expuestas a un riesgo grave de sufrir tales daños", la regla de la no discriminación se aplica tanto a los casos en los que realmente se hayan causado daños como a los casos en que los daños sean potenciales. Dado que el procedimiento administrativo puede ser la manera más eficaz de abordar los casos de este último tipo, el artículo, al referirse al "proceso judicial o de otra índole", requiere que de forma no discriminatoria se conceda acceso tanto a los tribunales como a cualquier procedimiento administrativo pertinente.

3) La norma es de carácter supletorio, como denota la frase "Salvo que los Estados del curso de agua interesados hayan acordado otra cosa ...". Esto significa que los Estados pueden convenir otra cosa acerca de los mejores medios de prestar ayuda a las personas que han sufrido o se hallan bajo la grave amenaza de sufrir un daño sensible, por ejemplo mediante cauces diplomáticos.

La frase "para la protección de los intereses de las personas ... que hayan sufrido ..." se ha empleado para dejar claro que la frase "hayan acordado otra cosa" no tiene por objeto sugerir que los Estados pueden decidir por acuerdo mutuo discriminar al conceder acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole o el derecho a indemnización. Queda claro que la finalidad del acuerdo entre los Estados debe ser siempre la protección de los intereses de las víctimas o víctimas potenciales del daño. Más bien lo que se pretende es que la cuestión pueda resolverse a nivel diplomático o de Estado a Estado si los Estados interesados acuerdan hacerlo así.

4) El artículo dispone también que los Estados no pueden discriminar sobre la base del lugar en que se produjo el daño. En otros términos, si se causa un daño sensible en el Estado A a consecuencia de una conducta en el Estado B, éste no puede excluir una acción por razón de que el daño ocurriera fuera de su jurisdicción[334].

5) Un miembro de la Comisión juzgó inaceptables el proyecto de artículos en su conjunto por considerar que trataba de las relaciones entre Estados y no debía extenderse al ámbito de los actos de personas naturales o jurídicas con arreglo al derecho interno. Dos miembros de la Comisión sostuvieron que no era aconsejable este artículo a la vista del amplio alcance de los presentes artículos, ya que cabía interpretar que establecía la obligación de los Estados de conceder a los súbditos extranjeros basados en sus respectivos territorios derechos que, no sólo desde el punto de vista de procedimiento, sino en todos los demás aspectos, serían iguales a los derechos de sus propios nacionales. En opinión de esos miembros, tal ampliación del principio del agotamiento de los recursos internos no correspondería al contenido actual de dicho principio.

6) Precedentes de la obligación contenida en el artículo 32 pueden hallarse en acuerdos internacionales y en recomendaciones de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Convención sobre la protección del medio ambiente celebrada entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, de 19 de febrero de 1974, dispone lo siguiente:

> "Toda persona que resulte afectada o pueda resultar afectada por un daño causado por actividades ambientalmente nocivas en otro Estado contratante tendrá derecho a plantear ante el tribunal o la autoridad administrativa competentes de ese Estado la cuestión de la permisibilidad de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir daños y a apelar contra la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa, en la misma medida y en las mismas condiciones que una entidad jurídica del Estado en el que se estén realizando las actividades.
>
> Lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo se aplicará también en el caso de procedimientos relativos a la indemnización por daños causados por actividades ambientalmente nocivas. La cuestión de la

---

[334] Cabe señalar que en el asunto de la Fundición de Trail fue necesario el arbitraje internacional porque los tribunales del Estado del que emanaban los humos no reconoció a la sazón el derecho de reparación por daños producidos fuera de su jurisdicción, aun cuando el daño fue causado por operaciones realizadas dentro de su jurisdicción.

indemnización no se juzgará por normas que sean menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en el que se estén realizando las actividades."[335]

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 ..."[336]

Artículo 33

Solución de controversias

1. A falta de acuerdo aplicable entre los Estados del curso de agua interesados, cualquier controversia relativa al curso de agua con respecto a una cuestión de hecho o a la interpretación o aplicación de los presentes artículos se solucionará con arreglo a las disposiciones siguientes:

a) Si surge una cuestión de esa naturaleza, los Estados interesados iniciarán sin demora consultas y negociaciones con miras a lograr soluciones equitativas de la controversia, utilizando, como corresponda, las instituciones conjuntas del curso de agua que hubieren establecido.

---

[335] 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 (1974), pág. 591. 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).

[336] 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 puede hallarse en Van Hoogstraten, Dupuy y Smets, "Equal Right of Access: Transfrontier Pollution", Environmental Policy and Law, vol. 2 (1976), pág. 77.

b) Si, en ningún momento una vez transcurridos seis meses desde la fecha de la petición de consultas y negociaciones, los Estados interesados no han logrado una solución de las controversias mediante la celebración de consultas y negociaciones, esos Estados, a petición de cualquiera de ellos, recurrirán a un método imparcial de determinación de los hechos o, si lo acuerdan los Estados interesados, a la mediación o la conciliación.

i) A menos que se acuerde otra cosa, se establecerá una comisión de determinación de los hechos, integrada por un miembro designado por cada Estado interesado y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados que será elegido por los miembros designados y que actuará de presidente.

ii) Si los miembros designados por los Estados no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de presidente en un plazo de cuatro meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de los Estados interesados podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que nombre presidente. Si uno de los Estados no designa miembro para la comisión en un plazo de cuatro meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo b), cualquier otro Estado interesado podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados, la cual constituirá una comisión unipersonal.

iii) La comisión determinará su propio procedimiento.

iv) Los Estados interesados tienen la obligación de proporcionar a la comisión la información que solicite y, previa petición, permitirle tener acceso a su territorio respectivo e inspeccionar cualesquiera instalaciones, planta, equipo, construcción o particularidad física que sea pertinente a los efectos de su investigación.

v) La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a los Estados interesados, exponiendo en él sus conclusiones y los fundamentos de las mismas, así como las recomendaciones que considere apropiadas.

vi) Los gastos de la comisión serán sufragados a partes iguales por los Estados interesados.

c) Si los Estados interesados no han podido solucionar la controversia después de transcurridos 12 meses desde la petición inicial de que se recurra a la determinación de los hechos, la mediación o la conciliación o, después de transcurridos seis meses desde la recepción del informe de la comisión, según cuál de estos plazos se cumpla después, podrán mediante acuerdo someter la controversia a arbitraje o arreglo judicial.

Comentario

1) El artículo 33 establece una regla básica para la solución de las disputas relacionadas con los cursos de agua. La norma tiene carácter subsidiario y se aplica cuando los Estados del curso de agua interesados no disponen de un acuerdo aplicable para la solución de esas controversias.

2) El apartado a) obliga a los Estados del curso de agua a iniciar consultas y negociaciones cuando surja una controversia acerca de una cuestión de hecho o de la interpretación o aplicación de los presentes artículos. Se alienta a los Estados del curso de agua interesados a que, al efectuar esas consultas y negociaciones, utilicen las instituciones conjuntas del curso de agua que hubieren establecido. Se han empleado las palabras "como corresponda" para denotar el hecho de que al realizar las consultas y negociaciones los Estados del curso de agua interesados tienen libertad para decidir utilizar o no esas instituciones conjuntas del curso de agua.

3) Las consultas y negociaciones deben realizarse de buena fe y de un modo positivo que pueda conducir a una solución equitativa de la controversia. El principio de que las partes en una controversia deben llevar a cabo sus negociaciones de buena fe y de modo positivo es una norma bien establecida de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte entre Dinamarca y la República Federal de Alemania occidental declaró con respecto a este principio que las partes en una controversia tienen la obligación de comportarse de manera que las negociaciones sean positivas, y no será así si una de ellas insiste en afirmar su propia posición sin pensar en modificarla[337].

4) En el apartado b) se enuncia el derecho de todo Estado del curso de agua interesado a solicitar el establecimiento de una comisión de determinación de los hechos. El objeto de esta disposición es facilitar la solución de la controversia mediante el conocimiento objetivo de los hechos. La información que se ha de reunir ha de permitir a los Estados interesados resolver la controversia de una manera amistosa y rápida e impedir que se agrave (en realidad, se prevé que el hecho de que los Estados del curso de agua dispongan de un mecanismo de determinación de los hechos impedirá con frecuencia que surjan controversias al eliminar cualesquiera cuestiones relativas a la naturaleza de los hechos pertinentes). La determinación de los hechos como medio de solución de los conflictos ha sido objeto de considerable atención por parte de los Estados. Por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado una Declaración sobre la determinación de los hechos en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[338] en la que define la determinación de los hechos como "el conocimiento detallado que adquieran de las circunstancias reales de cualquier controversia o situación cuya continuación pueda amenazar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales ...". La petición de determinación de los hechos puede hacerla cualquiera de las partes en la controversia en cualquier momento una vez transcurridos seis meses desde el inicio de las consultas y negociaciones. La norma también prevé que los Estados del curso de agua interesados pueden recurrir a la mediación o la conciliación a petición de cualquiera de ellos y si así lo acuerdan las demás partes en la controversia. Todas las partes en la controversia deben dar su consentimiento antes de recurrir a la mediación o a la conciliación.

5) Los incisos i) a vi) prevén la constitución y el funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos solicitada en cumplimiento del apartado b) del párrafo 1. Se dispone que, a menos que las partes acuerden

---

[337] I.C.J. Reports, 1969, pág. 3.

[338] Anexo a la resolución 46/59 de la Asamblea General.

otra cosa[339], la determinación de los hechos correrá a cargo de una comisión de determinación de los hechos establecida de conformidad con el apartado b) del párrafo 1 de este artículo.

6) El inciso ii) da a los miembros designados un período de cuatro meses después del establecimiento de la comisión para ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del presidente. Si no pueden ponerse de acuerdo a este respecto cualquier parte en la controversia podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que nombre presidente. La disposición también prevé que cualquiera de las partes en la controversia podrá pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre una comisión unipersonal si una de las partes no designa miembro en un plazo de cuatro meses. La persona que se designe no podrá tener la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados. Estas disposiciones tienen por objeto evitar que el mecanismo de solución de controversias se frustre por falta de cooperación de una de las partes.

7) El inciso iii) dispone que la comisión de determinación de los hechos establecerá su propio procedimiento.

8) El inciso iv) obliga a todos los Estados del curso de agua interesados a facilitar a la comisión la información que necesite. Este requisito se basa en disposiciones similares que han sido bastante comunes desde que se elaboraron los Tratados Bryan[340]. Los Estados del curso de agua interesados están obligados también a facilitar a la comisión el acceso a sus respectivos territorios, con el fin de inspeccionar instalaciones, equipo, construcción o particularidad física que sea pertinente a los efectos de su investigación.

9) De conformidad con el inciso v), la comisión habrá de aprobar su informe por mayoría. Cuando la comisión sea unipersonal el informe será el de su único miembro. La comisión ha de presentar su informe a los Estados interesados y debe exponer en él sus conclusiones y los fundamentos de las mismas. También puede formular recomendaciones si considera apropiado hacerlo.

10) La norma contenida en el inciso vi) exige que los gastos de la Comisión sean sufragados a partes iguales por los Estados del curso de agua interesados. Por supuesto, las partes pueden convenir otro procedimiento.

11) En el apartado c) se establece una norma para el sometimiento de la controversia a arbitraje o arreglo judicial. En caso de que sean más de dos los Estados del curso de agua partes en una controversia y algunos de esos Estados, pero no todos, hayan convenido en someterla a un tribunal o a la Corte Internacional de Justicia, se ha de entender que los derechos de otros Estados del curso de agua que no hayan convenido en someter la controversia al tribunal o a la Corte Internacional de Justicia no pueden verse afectados por la decisión de ese tribunal o de la Corte Internacional de Justicia.

---

[339] Tienen libertad, por ejemplo, para establecer una comisión unipersonal o variar en otro sentido cualquier aspecto del acuerdo, incluido el tamaño de la comisión.

[340] G. H. Hackworth, Digest of International Law, vol. VI (1943), pág. 5.

RESOLUCIÓN SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS TRANSFRONTERIZAS

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo completado su examen del tema sobre "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación",

Habiendo examinado en ese contexto las aguas subterráneas relacionadas con un curso de agua internacional,

Reconociendo que las aguas subterráneas confinadas, que son aguas subterráneas no relacionadas con un curso de agua internacional, constituyen también un recurso natural de vital importancia para el sostenimiento de la vida, la salud y la integridad de los ecosistemas,

Reconociendo también la necesidad de realizar esfuerzos continuados para elaborar normas relativas a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

Considerando su opinión de que los principios contenidos en su proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pueden aplicarse a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

1. Exhorta a los Estados a que se guíen por los principios contenidos en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuando proceda, en la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas;

2. Recomienda a los Estados que consideren la posibilidad de concertar acuerdos con el otro Estado o los otros Estados en que se encuentran las aguas subterráneas confinadas transfronterizas;

3. Recomienda asimismo que, en caso de que surja una controversia relacionada con aguas subterráneas confinadas transfronterizas, los Estados interesados consideren la posibilidad de resolverla de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 33 del proyecto de artículos o de cualquier otra manera que se convenga.

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A. Introducción

223. Con arreglo al plan general del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, plan aprobado por la Comisión en su 27º 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[341].

[341] Anuario ..., 1975, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

224. En su 32º período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte del proyecto de artículos relativa al "origen de la responsabilidad internacional"[342].

225. En su 32º período de sesiones, la Comisión también inició el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, sobre "contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional".

226. Desde su 32º período de sesiones, en 1980, hasta su 38º período de sesiones, en 1986, la Comisión recibió siete informes del Relator Especial, Sr. Willem Riphagen[343], relativos a la segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos. A partir de ese momento, la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de "hacer efectiva" ("mise en oeuvre") la responsabilidad internacional.

227. La Comisión, desde su 40º período de sesiones, en 1988, hasta su 45º período de sesiones, en 1993, recibió cinco informes[344] del actual Relator Especial[345], Sr. Gaetano Ruiz.

228. Al concluir el 45º período de sesiones, la Comisión había adoptado provisionalmente para incluirlos en la segunda parte los proyectos de artículo 1 a 5[346], y los artículos 6 (Comportamiento ilícito), 6 bis (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 bis (Seguridades y garantías de no repetición[347]. Además, había recibido del Comité de Redacción los proyectos de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) aprobados en primera lectura

---

[342] Anuario ..., 1980, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61, documento A/35/10, cap. III.

[343] 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.

[344] Los cinco informes del Relator Especial figuran en Anuario ... 1986, vol. II (primera parte), pág. 6, documento A/CN.4/416 y Add.1; Anuario ... 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/425 y Add.1; Anuario ... 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1; documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; y documento A/CN.4/L.453 y Add.1 y Corr.1, 2 y 3 y Add.2 y 3.

[345] El actual Relator Especial fue nombrado en el 39º período de sesiones, en 1987.

[346] El texto de los artículos 1 a 5 (párr. 1), con comentarios, figura en Anuario ... 1985, vol. II (segunda parte) págs. 21 y ss.

[347] El texto del párrafo 2 del artículo 5 y de los artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con comentarios, figuran en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), págs. 140 y ss.

por el Comité[348]. Por último, había remitido al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 6 de la tercera parte (y un anexo a los mismos) relativos a los procedimientos de arreglos de controversias[349], que aún están pendientes ante el Comité de Redacción, junto con las propuestas del anterior Relator Especial sobre el mismo tema[350].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

229. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453/Add.2 y 3) y su sexto informe (A/CN.4/461 y Add.1 y 2). Los informes trataban, por una parte, de la cuestión de las consecuencias de los actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos y, por otra parte, de un examen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas tal como se precisa en el proyecto de artículos. La presente sección se ha organizado en consecuencia.

---

[348]Véase el documento A/CN.4/L.480 y Corr.1 y Add.1. Las disposiciones correspondientes fueron presentadas por el Presidente del Comité de Redacción en la 2318ª sesión de la Comisión, pero la decisión al respecto se aplazó hasta el próximo período de sesiones, siguiendo la política de la Comisión de no adoptar artículos que no vayan acompañados de comentarios.

[349]El texto de los proyectos de artículo 1 a 6 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el actual Relator Especial, figura en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), págs. 111 y ss., notas 74, 75, 76 77, 78 y 79.

[350]El texto de los proyectos de artículo 1 a 5 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el anterior Relator Especial, figuran en Anuario ... 1986, vol. II (segunda parte), pág. 41, nota 86. Estas disposiciones fueron remitidas al Comité de Redacción en el 38º período de sesiones, en 1986.

1. La cuestión de las consecuencias de actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

230. La Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453/Add.2 y 3), que había sido presentado en el anterior período de sesiones[351] y el capítulo III de su sexto informe (E/CN.4/461/Add.1). La Comisión examinó estos documentos en las sesiones 2339ª a 2343ª y en la sesión 2348ª, celebradas entre el 17 de mayo y el 15 de junio de 1994.

231. Tras terminar el examen de los mencionados documentos, la Comisión oyó las conclusiones del Relator Especial, por las que le dio las gracias[352]. La Comisión tomó nota de su propósito de presentar en el próximo período de sesiones artículos o párrafos sobre la cuestión en examen para incluirlos en las partes segunda y tercera. La Comisión también tomó nota de que el Relator Especial se proponía continuar su labor de manera que la Comisión pudiera concluir la primera lectura del proyecto antes de que terminara el actual mandato de sus miembros.

232. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión sobre la cuestión de las consecuencias de los actos calificados de delitos en el artículo 19 de la primera parte del proyecto se reflejan en los párrafos 233 a 324 infra.

233. Muchos miembros destacaron la complejidad de los problemas planteados, que requerían una reflexión sobre nociones delicadas y cruciales de la comunidad internacional, los sistemas interestatales, la culpa y la responsabilidad penal de los Estados, así como las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas. Se agradeció al Relator Especial su valiosa y erudita contribución al estudio de estos problemas, pese a lo que se calificó de relativa prudencia de sus propuestas. El capítulo III del sexto informe, en el que se presentaban en forma de cuestionario las diferentes cuestiones suscitadas por la distinción entre crímenes y delitos, se consideró que era particularmente útil y que sentaba un precedente que debería repetirse.

a) La distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

i) El concepto de crimen

234. Según un sector de la opinión, la noción de crimen no planteaba dificultades conceptuales y la distinción entre crímenes y delitos reflejaba una diferencia cualitativa entre las infracciones fundamentales del orden público internacional y los delitos ordinarios que no amenazan el principio fundamental en que se basa la sociedad internacional, a saber: la coexistencia de Estados soberanos. Se dijo que esta diferencia era un hecho básico de la vida internacional, ya que con toda evidencia no había ningún denominador común entre la infracción de un acuerdo del transporte aéreo y la agresión, o entre la violación de los derechos humanos de un extranjero por agentes de policía y un acto de genocidio. Se señaló también que la diferencia entre las dos categorías

---

[351]Véase en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10) párrs. 283 a 333.

[352]Véanse los párrafos 326 a 343 infra.

de hechos internacionalmente ilícitos se reconocía en el artículo 19, que fue elaborado con mucho cuidado y adoptado sin oposición por la Comisión en 1976 tras un largo debate y que no convendría cuestionar de nuevo.

235. Otro sector de la opinión ponía en duda que existiera la categoría de crímenes de Estado. Se señaló que la magnitud de muchos hechos internacionalmente ilícitos que podían atribuirse a un Estado variaba según el objeto de la obligación infringida, la importancia que la comunidad internacional concediese a la obligación, la naturaleza bilateral o de otro tipo de la obligación y las circunstancias en que se produjera el quebrantamiento de la obligación, y que cuando el hecho ilícito comportaba una lesión a las personas o daños a los bienes de magnitud suficiente para conmover la conciencia de la humanidad, el uso de la palabra "crimen" era habitual tanto en el lenguaje cotidiano como en contextos políticos y jurídicos. Teniendo en cuenta estas circunstancias, se consideró cuestionable hacer una distinción tajante entre crímenes y delitos. La distinción propuesta entre categorías de hechos internacionalmente ilícitos se consideró también irrelevante, ya que no parecía reflejarse en sus consecuencias respectivas.

236. Algunos miembros señalaron que si bien era posible sostener la existencia de una línea continua dentro de un régimen único de la responsabilidad que se extendiera desde las infracciones leves, en un extremo, hasta las infracciones excepcionalmente graves, en el otro, dentro de una línea caracterizada por una diferencia esencialmente cuantitativa, el debate entre los partidarios de la teoría de la línea continua y los que deseaban que el proyecto incluyese una categoría distinta para las infracciones excepcionalmente graves probablemente sería interminable, ya que las diferencias cuantitativas, pasado cierto umbral, podrían convertirse en cualitativas.

ii) La cuestión del fundamento jurídico y político del concepto de crimen

237. Según un sector de la opinión, el concepto de crimen estaba arraigado en el derecho positivo y en la realidad de la vida internacional. Se consideró que el concepto tenía una fundamentación política evidente, ya que la historia contemporánea estaba llena de ejemplos de crímenes directa o indirectamente imputables al Estado. Además se señaló que era una cuestión de lege lata ya que algunos actos, tales como el genocidio y la agresión, eran considerados por toda la comunidad internacional atentatorios contra sus derechos fundamentales o, como el genocidio o el apartheid, eran calificados de criminales en convenciones internacionales. Se dijo también que, en términos generales, los elementos componentes de un crimen internacional se desprendían de la jurisprudencia, de la práctica de los Estados y de las decisiones de los tribunales internacionales. A este respecto se aludió a la labor de los tribunales de Nuremberg y Tokio y al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction[353]. Con respecto a ese fallo, se señaló la diferencia entre crimen y violación de una obligación erga omnes. Se indicó que la Corte no se limitó a hablar de obligaciones erga omnes, sino que destacó "la importancia de los derechos considerados", indicando que con ello se refería a violaciones particularmente graves (por ejemplo, la agresión, el genocidio, los atentados contra los derechos fundamentales de la persona), y no por "delitos ordinarios" como el atentado contra el derecho de paso en tránsito por un estrecho internacional, que imponía también una obligación erga omnes al Estado ribereño. Algunos miembros, aun opinando que la noción de crimen de

[353]Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, I. C. J. Reports 1970, pág. 32.

Estado no era de lege lata, se declararon dispuestos, no sin formular algunas advertencias, a aceptar que sean calificados de crimen algunos actos que no pueden ser cometidos más que por Estados. A este respecto se señaló la necesidad de cautela, basándose en que si la Comisión se aventuraba en la esfera de la lex ferenda, se abriría una caja de Pandora de opciones que serían difíciles de limitar.

238. Según otro sector de opinión, el concepto de crimen no era de lege lata porque no existía ningún instrumento que obligase a los Estados a admitirlo. Los argumentos a favor del concepto derivados de las disposiciones sobre jus cogens de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se consideraron convincentes por dos razones, primera, porque la inexistencia o nulidad ab initio de un contrato o de un tratado concluido contra bonos mores o contra el jus cogens no entrañaban necesariamente la calificación de criminal de ese acto o instrumento y, en segundo lugar, porque la inclusión de la noción de jus cogens en la Convención de 1969 se había subordinado a la aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia. Se dijo que tampoco eran convincentes los argumentos derivados de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las Reservas a la Convención sobre el Genocidio[354] (que simplemente sugería que algunas disposiciones de la Convención habían pasado a formar parte integrante del derecho internacional) o del asunto Barcelona Traction, teniendo presente que reconocer el concepto de violación erga omnes no equivalía a reconocer la existencia de una nueva categoría, cualitativamente diferente, de actos contra legem ni a un cuestionamiento de la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Se señaló también que no se hablaba de la responsabilidad criminal de los Estados ni en los documentos relativos a la capitulación de Alemania y el Japón ni en los Protocolos de 1977 a los Convenios de Ginebra. Se adujo además, 1) que varios Estados habían rechazado expresamente el concepto de crimen por considerarlo carente de base en la lex lata y que introducir la distinción propuesta tendería a disminuir en vez de aumentar la posibilidad de que el proyecto obtuviera la máxima aceptación posible; y, 2) que la creación de lege ferenda de categorías de violaciones de naturaleza diferente comprometería la eficacia del concepto de violación erga omnes.

iii) El tipo de responsabilidad entrañaba infracciones calificadas de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

239. La cuestión de si un Estado podía incurrir en responsabilidad criminal dio lugar a opiniones diferentes.

240. Según algunos miembros, había que renunciar a criminalizar los Estados, ya que un Estado no podía asimilarse a su gobierno o al puñado de hombres que en un momento dado se encargasen de la dirección de sus asuntos. Según estos miembros, los crímenes los cometían individuos que utilizaban el territorio y los recursos del Estado para cometer delitos internacionales para sus propios fines criminales. A este respecto se recordó el requisito de mens rea, el cual, se dijo, debía distinguirse del procedimiento de atribución de responsabilidad, es decir, la ficción jurídica por la cual, a los efectos de asegurar la indemnización suficiente por el daño causado, no se permite que el superior escape a la responsabilidad de indemnizar; no era posible atribuir la mens rea de un individuo a otro, y aún menos de un individuo a una entidad jurídica como el Estado. Se mencionó además la máxima "societas delinquere non potest", según

[354] Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opinión consultiva, I. C. J. Reports 1951, pág. 23.

la cual un Estado, en particular su población en conjunto, no podían ser sujeto de derecho penal y se opinó que, según los principios del derecho penal, era dudoso que un órgano administrativo, en cuanto persona jurídica, pudiera considerarse tal. A este respecto se señaló que muchas normas de derecho positivo no preveían la culpabilidad de las personas jurídicas ni las sanciones correspondientes. También se hicieron las observaciones siguientes: 1) los requisitos de la máxima nullum crimen nulla pena sine lege, (es decir, la existencia, primero, de normas definidas y de criterios objetivos para determinar si un delito constituye crimen y, segundo, de sanciones que tengan las características de pena en el derecho penal) no se cumplían en la época actual y, 2) que si se aceptaba el concepto de crimen de Estado se socavaría la posición del Estado, resultado que difícilmente aceptaría una comunidad internacional de mentalidad realista.

241. Además se consideró inconcebible atribuir la responsabilidad criminal a un Estado en ausencia de un órgano jurídico encargado de juzgar y castigar a los Estados. A este respecto se señaló que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, único órgano judicial permanente para la solución de controversias en la comunidad internacional, se basaba en la aceptación voluntaria y que el Consejo de Seguridad tenía esencialmente poderes de policía que en modo alguno eran los de un tribunal de justicia.

242. Se expresó también la preocupación de que la atribución de responsabilidad criminal a un Estado tacharía de criminalidad a todo el pueblo de un Estado y podría conducir a un castigo colectivo[355].

243. A juicio de otros miembros, la idea de la responsabilidad de los Estados por crímenes no planteaba dificultades de orden conceptual. En efecto, cabía muy bien imaginar una noción equivalente a la de intención delictiva (mens rea) en el caso de los hechos imputables a los Estados. A este respecto se señaló que, si bien la responsabilidad penal era en principio una responsabilidad individual, también podía ser, en virtud del progreso del derecho, una responsabilidad colectiva, y que reconocer en determinadas condiciones y circunstancias la responsabilidad penal de una persona jurídica era más un progreso que un retroceso del derecho, como demostraba la reciente evolución de ciertos sistemas jurídicos internacionales. Al respecto se recordó que la máxima societas delinquere non potest tenía cada vez menos adeptos, en particular si se pensaba en la delincuencia económica y financiera, por ejemplo el blanqueo de dinero. En estos casos, los comportamientos criminales más graves de los Estados requerían una política represiva apropiada cuya naturaleza, aun siendo punitiva, no podía ser aflictiva como sucedía con los individuos culpables de crímenes. Al respecto se señalaron las "medidas políticas" (enumeradas en el párrafo 289 infra) de que podía ser objeto el Estado autor de un crimen.

244. Se dijo también que en la época actual la capacidad de un Estado de perjudicar a toda la comunidad internacional era tan grande que no se podía dejar que una sociedad achacara a simples individuos la responsabilidad de crímenes cometidos en su nombre y que, por tanto, debía aceptarse la noción de crimen de Estado, incluso si las sanciones colectivas contra el Estado que

---

[355]Las opiniones sobre esta cuestión se reflejan con más detalle en la subsección dedicada a las consecuencias de los crímenes (véanse los párrafos 289 a 295 infra).

acarrearía ese crimen pudieran perjudicar a toda su población y no sólo a sus dirigentes[356]. Se agregó que en la historia había ejemplos de Estados criminales y que no había motivos para no decirlo rotundamente.

245. Finalmente otros miembros, aunque coincidían en que la cuestión de la responsabilidad penal del Estado era muy delicada y planteaba en particular el problema de la responsabilidad colectiva, estimaron que la divergencia de opiniones antes reflejada no era pertinente en el actual contexto. Recordaron al respecto que la Comisión no se había propuesto en 1976 establecer la responsabilidad penal del Estado y que el uso del término "crimen" no prejuzgaba para nada la cuestión de saber cuál era el contenido de la responsabilidad por un crimen internacional. Al respecto se indicó que en derecho internacional la responsabilidad del Estado no era penal ni civil. Era simplemente internacional, diferente y específica. Su especificidad se manifestaba particularmente en que algunos hechos internacionalmente ilícitos en vez de no comprometer más que al Estado, comprometían además individualmente a sus autores, quienes no podían ampararse en las inmunidades que les conferían sus funciones.

iv) Necesidad de un concepto de crimen: otros posibles enfoques

246. Según una corriente de opinión manifestada, el concepto de crimen presentaba un interés esencial, que era el de liberar a las normas sobre la responsabilidad de los Estados de la sujeción del bilateralismo y dar a la comunidad internacional, la posibilidad de intervenir en los casos de hechos especialmente graves para defender tanto los derechos e intereses del Estado víctima como los de la comunidad internacional, actuando en el marco de las instituciones o por mediación de los Estados individuales. A este respecto, se observó que, en el caso de los crímenes internacionales, la víctima era la comunidad de Estados, como entidad jurídica distinta, y que el concepto de crimen internacional ayudaba a promover a la comunidad internacional a la condición jurídica de, por decirlo así, una autoridad jurídica cuasi pública.

247. Según otra corriente de opinión, la distinción entre crimen y delito no resultaba necesaria ni apropiada en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, cuya finalidad no era sancionar a éstos sino exigirles que indemnizaran de los daños causados. Se observó que, si se consideraba necesario liberar a la comunidad internacional de la sujeción del bilateralismo, un concepto de crimen internacional no era para ello ni necesario ni suficiente: no era necesario, porque nada justificaba llegar hasta la idea de un castigo que suscitaba inevitablemente la palabra crimen, ni era suficiente, porque no regulaba lo que ocurriría con el conjunto de las violaciones erga omnes. Se dijo también que las preocupaciones subyacentes en el concepto de crimen de Estado habían perdido gran parte de su pertinencia desde 1976, al haber terminado la guerra fría, haberse atenuado las tensiones Norte-Sur y haber retrocedido el apartheid y el colonialismo.

248. Algunos miembros pusieron en duda la necesidad de utilizar ningún término descriptivo para atender a las preocupaciones subyacentes en el artículo 19. Así, se observó que distinguir entre grados de gravedad era hacer una distinción basada en la culpa, concepto que, se dijo, no debía haberse desechado en el caso de los delitos y tenía una función fundamental que desempeñar en el caso de los crímenes.

[356] Id.

249. Otro enfoque preconizado fue introducir el concepto de obligaciones de jus cogens en el proyecto y distinguir entre la violación de una obligación de jus cogens y los otros hechos ilícitos internacionales de menor importancia, enfoque que exigiría simplemente: a) seguir de cerca el texto de la disposición sobre jus cogens del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (sin utilizar ningún término descriptivo concomitante ni introducir ninguna lista ilustrativa de ejemplos, para la que podría no haber un apoyo suficiente de lex lata), y b) indicar los recursos que existirían contra la violación de una obligación de jus cogens, además de los necesarios en el caso de los demás hechos ilícitos. Algunos miembros, aunque reconocieron que se trataba de un enfoque tentador, señalaron que, si bien todos los crímenes eran violaciones de normas de jus cogens, la afirmación contraria no era cierta: la norma pacta sunt servanda, se dijo, podía considerarse de jus cogens, pero no todas las violaciones de esa norma constituían crímenes.

250. En opinión de algunos miembros, otra posibilidad era regular detalladamente las consecuencias de las violaciones de las obligaciones erga omnes y, de esa forma, liberar al proyecto de artículos de la sujeción del bilateralismo. Sin embargo, se expresaron dudas sobre este enfoque, basadas en que las obligaciones erga omnes no eran todas tan esenciales para la comunidad internacional que su violación pudiera asimilarse sistemáticamente a un crimen.

251. Por último, se señaló la posibilidad de tratar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, por una parte, y de la responsabilidad penal de las personas por crímenes, por la otra. En ese contexto, se hizo referencia al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura, que preveía que el procedimiento iniciado contra una persona por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no excluía la responsabilidad de derecho internacional de un Estado por una acción u omisión que le fuera atribuible.

v) La definición del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

252. Algunos miembros encontraron este artículo insatisfactorio. Se dijo especialmente que el texto era demasiado general y no proponía una verdadera definición de crimen, que insistía en el grado de gravedad del hecho calificado de crimen sin definir el umbral de gravedad para pasar de delito a crimen, que hablaba de obligación esencial sin definirla y que no dejaba lugar para la intención deliberada, ni tampoco para la noción de culpa, noción que, sin embargo, se dijo, era inseparable de la de crimen. Se expresó también preocupación por el hecho de que, en su redacción actual y teniendo en cuenta su historia, el artículo 19 suponía que un Estado debía continuar soportando las consecuencias jurídicas de un crimen internacional cometido anteriormente, aunque las circunstancias políticas, sociales o humanas en que se hubiera cometido ese crimen internacional hubieran dejado de existir.

253. Otros miembros estimaron que la redacción actual expresaba adecuadamente la intención subyacente, que era dejar en claro que la mayoría de las violaciones podían tratarse en el marco bilateral de los dos Estados directamente interesados, mientras que otras eran tan graves que afectaban a toda la comunidad internacional. En su opinión, el artículo se había redactado acertadamente en términos generales. A este respecto, se observó que el propósito del proyecto de artículos se limitaba a las normas secundarias, con el resultado de que el principio nullum crimen sine lege no se aplicaba en el presente contexto y la definición de los diferentes crímenes se dejaba a otros instrumentos. Se subrayó también que el concepto de crimen internacional era un concepto evolutivo, y que una formulación flexible y capaz de adaptarse a

posibles ampliaciones de la categoría de los crímenes resultaba deseable; en este contexto, se hizo referencia a la fórmula que definía la competencia del Consejo de Seguridad. Aunque algunos de los miembros mencionados encontraron ventajas en la estructura actual del artículo 19 (cláusula general y lista no exhaustiva), otros estimaron que la lista de ejemplos debía trasladarse al comentario.

254. En cuanto al párrafo 2, algunos miembros dijeron que reflejaba debidamente los tres criterios principales que debía contener la definición de crimen, a saber: 1) una violación que afectara a los intereses fundamentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, fuera más allá del marco de las relaciones bilaterales; 2) una violación grave, tanto en términos cuantitativos como cualitativos; y 3) el reconocimiento por la comunidad internacional de esa violación como crimen, reconocimiento que debía deducirse de la experiencia y de la práctica. Enrelación con el argumento de que la formulación era tautológica, se señaló que la misma observación podía hacerse con respecto a la definición de jus cogens o a la definición universalmente aceptada de costumbre (una práctica general aceptada como derecho). En ese mismo sentido, se observó que el criterio subjetivo derivado de que la violación estuviera "reconocida" como crimen no era más discutible que el criterio de reconocimiento de los principios generales por las naciones civilizadas que aparecía en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que la noción de crímenes "reconocidos" por la comunidad internacional en su conjunto se precisaba gracias a la enumeración que aparecía en el párrafo 3.

255. Otros miembros señalaron que la complicada redacción del párrafo 2, que procedía en gran parte de la terminología de las disposiciones de transacción sobre jus cogens del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resultaba un tanto indirecta. En relación con el requisito de que la violación estuviera reconocida como crimen por la comunidad internacional, se observó que el derecho penal estaba impregnado de subjetividad; la reprobación que suscitaba en la conciencia pública la comisión de un acto, por muy atroz que fuera, no era nunca uniforme, ni siquiera en una sociedad nacional que compartiera los mismos valores y, en una sociedad internacional culturalmente heterogénea, el elemento de subjetividad era todavía más marcado. Así, se dijo, cabría preguntarse, aunque sólo fuera desde un punto de vista moral, por qué una "pequeña agresión" que causara una destrucción de bienes relativamente poco importante y la muerte de unas cuantas personas inocentes debía tener más consecuencias desde el punto de vista de las contramedidas armadas autorizadas, si había que suponer que esas contramedidas no se permitirían en el caso de un genocidio en gran escala.

256. Por lo que se refiere al párrafo 3, algunos miembros opinaron que la lista que contenía seguía siendo satisfactoria, siempre que se revisara el apartado d) que se calificó de discutible, y se hicieran algunos cambios de redacción en el apartado b), a fin de armonizar su texto con la realidad de las modernas relaciones internacionales, especialmente después de acabado el colonialismo. Con respecto al primer punto, se observó que la hipótesis prevista en el apartado d) era poco realista, ya que era difícil creer que una contaminación de la atmósfera o de los mares pudiera extenderse a toda la humanidad sin que se adoptara alguna medida, aunque sólo fuera a nivel regional; además, se añadió, calificar la contaminación de la atmósfera o de los mares de crimen era un tanto prematuro, ya que sólo ahora se empezaba a considerar las actividades de contaminación transfronteriza como hechos internacionalmente ilícitos. Aunque algunos de los miembros invitaron a la Comisión a resistir los intentos de ampliar la lista de crímenes, se manifestó una opinión en el sentido de que debían incluirse los crímenes relacionados con el tráfico de estupefacientes.

257. Otros miembros consideraron el párrafo 3 deficiente desde varios puntos de vista. En particular, estimaron que constituía un abuso de la distinción entre normas primarias y secundarias; que reflejaba una técnica jurídica discutible, ya que daba ejemplos que, en realidad, pertenecían al comentario; y que era probable que resultase rápidamente anticuado, dado que la lista que contenía estaba sometida a las opiniones cambiantes de los tiempos. En este contexto, se hizo referencia al apartado b). Otra observación fue que el texto no decía realmente lo que parecía decir: parecía decir que las cuestiones enumeradas y los ejemplos dados constituían realmente crímenes de los Estados; sin embargo, como el apartado iba precedido por la frase "Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2, y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor", había que aplicar aún el criterio previsto en el párrafo 2, y había que determinar cuáles eran las normas de derecho internacional en vigor. Se señaló también la dificultad que implicaba elaborar una lista no exhaustiva que, sin embargo, establecía cierto número de categorías.

258. Algunos miembros observaron que el término "crimen" podía ser fuente de dificultades innecesarias, por sus connotaciones de derecho penal, que hacían temer la forma en que se aplicaría el concepto. Se sugirió que se sustituyera por frases como "violación de suma gravedad", "hecho internacionalmente ilícito de especial gravedad", "delito internacional muy grave" o "hecho internacionalmente ilícito de suma gravedad".

259. Aunque no insistieron en que el término "crimen" se mantuviera a toda costa, algunos miembros expresaron sus dudas sobre los cambios terminológicos sugeridos. Se señaló que el término "crimen" tenía la ventaja psicológica de subrayar la gravedad excepcional de la violación de que se tratara y podía tener un efecto disuasor en la conducta de los Estados. Se observó también que esa palabra tenía una tradición, ya que se había utilizado, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y se había preferido al término "delito" en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Aunque se reconoció que la cuestión tratada en el proyecto de código era la responsabilidad penal de las personas y no de los Estados, se subrayó que la conducta se calificaría de criminal en virtud de ese código correspondía estrechamente, ratione materiae, a las violaciones de obligaciones del proyecto actual que se habían calificado de crímenes internacionales. Por ello, se expresaron dudas sobre la conveniencia de sustituir la expresión "crímenes internacionales" por la más sinuosa y oscura de "hechos ilícitos excepcionalmente graves", o variantes de ella.

260. Varios miembros señalaron que un cambio terminológico no salvaría la distancia existente entre aquellos para los que los hechos internacionalmente ilícitos formaban parte de un todo sin solución de continuidad y aquellos para los que la distinción entre crímenes y delitos tenía por objeto indicar una diferencia de especie.

b) Cuestiones suscitadas y preguntas formuladas por el Relator Especial en sus informes quinto y sexto como pertinentes para la elaboración de un régimen de responsabilidad de los Estados por crímenes

i) ¿Quién determinará que se ha cometido un crimen?

261. Algunos miembros estimaron que la cuestión de saber a quién correspondería determinar que se había cometido un crimen era de importancia esencial para establecer un régimen de responsabilidad internacional por crímenes. Se dijo que la Comisión se encontraba con una dificultad prácticamente insuperable,

ya que sería esencial para ese régimen contar con un órgano con competencia para determinar si, teniendo en cuenta los hechos, un Estado había cometido realmente un crimen.

262. Otros miembros señalaron que el problema, aunque grave, se planteaba también en el caso de los delitos ordinarios, lo que no había impedido a la Comisión elaborar un régimen de responsabilidad para esos delitos. Se observó también que la cuestión de quién determinaría que se había cometido un crimen no resultaba pertinente en el contexto de la parte segunda del proyecto, y correspondía únicamente a la parte tercera.

263. Algunos miembros observaron que, al tratar esa cuestión, no se podía desconocer el estado actualmente imperfecto de la sociedad internacional. Aunque se reconoció que, al lado de la "sociedad de relaciones", basada en la coordinación entre entidades jurídicamente iguales, comenzaba a aparecer una forma más progresista de organización de la comunidad internacional, y se subrayó la función positiva desempeñada por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, se consideró que la organización actual de la comunidad internacional no ofrecía otra posibilidad que dejar que cada Estado determinara si se había cometido un crimen. Aunque esos miembros consideraron que esa situación distaba mucho de ser ideal, algunos de ellos señalaron la existencia de dispositivos de seguridad. Se señaló en particular que cualquier Estado que decidiera que se había cometido un crimen internacional lo haría a su propio riesgo, y que esa decisión sería siempre discutida por la parte acusada.

264. Otros miembros encontraron difícil, salvo en el caso de legítima defensa[357], aceptar que la determinación de si se había cometido un crimen se dejara a cada Estado, incluido el Estado víctima, habida cuenta del principio nemo judex. Juzgaron indispensable que esa prerrogativa se reservase a un órgano judicial internacional, imparcial e independiente. Se sugirió que ese principio fundamental se incluyera de una forma o de otra en el proyecto de artículos. Se propuso también concebir un sistema que permitiera hacer que la existencia de un crimen fuera determinada por una entidad que representara a la comunidad internacional, entidad que podría ser, por ejemplo, el grupo de Estados Partes en la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados.

265. Este enfoque se consideró también poco realista por algunos miembros, que advirtieron a la Comisión contra la tentación de emprender la tarea eminentemente política que consistiría en definir un nuevo estrato de organismos encargados, en el plano mundial, de las cuestiones de la responsabilidad de los Estados. Se manifestaron dudas sobre la posibilidad de establecer en un futuro previsible un órgano judicial con una jurisdicción ampliamente aceptada a la que pudieran someterse uniformemente los casos y que decidiera basándose en un cuerpo de jurisprudencia coherente.

266. En los párrafos 296 a 314 infra se examina la función de los órganos de las Naciones Unidas en esta esfera.

---

[357]En este contexto, se puso de relieve la necesidad de aclarar el concepto de legítima defensa mediante normas de fondo, forma y de procedimiento, que deberían precisarse teniendo en cuenta las resoluciones de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización y el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales.

267. Algunos miembros pusieron en tela de juicio la redacción de la pregunta formulada por el Relator Especial y señalaron que, en el marco de la segunda parte del proyecto de artículos, la cuestión no era determinar las posibles consecuencias de la determinación de un crimen sino las de la comisión de ese crimen.

ii) Las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen

a. Consecuencias sustantivas

268. Según un número considerable de miembros, la distinción entre delitos y crímenes tenía repercusiones cualitativas en las consecuencias sustantivas de las dos categorías de actos internacionalmente ilícitos en tanto en cuanto los pertenecientes a la segunda suponían una violación de una norma esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. También se mantuvo, sin embargo, la opinión contraria (véase el párrafo 270 infra).

269. En relación con los recursos de que dispone el Estado víctima de un crimen, no se precisó diferencia alguna entre delitos y crímenes al menos en lo que a la cesación de la violación se refiere.

270. En cuanto a la reparación en sentido amplio, las posiciones diferían. Por una parte, se mantuvo que la distinción entre crímenes y delitos era irrelevante y que los ejemplos dados por el Relator Especial para mantenerla no resultaban convincentes por cuanto suponían la cesación de la violación, garantías de no repetición, o ejercicio por el Consejo de Seguridad de su responsabilidad de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, o, en el caso de las desmembraciones territoriales, una violación de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre la integridad territorial, la libre determinación y los derechos humanos; se dijo también que la distinción entre crímenes y delitos no tenía relevancia alguna en lo concerniente a la prohibición de las demandas que se hicieran en menoscabo de la dignidad del Estado afectado, porque no podía haber atentado más grave a la dignidad del Estado que la de la condena y el castigo de sus dirigentes, ya previstos en el artículo 10. Sin embargo, según un número considerable de miembros, las consecuencias sustantivas de los crímenes en lo concerniente a su reparación y satisfacción eran cualitativamente distintas de las de los delitos.

271. Refiriéndose a la restitución en especie, varios miembros opinaron que los crímenes debían quedar al margen de la aplicación de las restricciones previstas en los apartados c) y d) del artículo 7, porque perjudicaban a la comunidad internacional en su conjunto e infringían una norma imperativa de derecho internacional. Otros miembros, en cambio, pusieron de relieve que, si no se quería causar sufrimientos excesivos a la población del Estado "criminal", no podía hacerse caso omiso de la limitación impuesta a la adopción de medidas excesivamente onerosas. Se hizo notar también que la opción entre restitución en especie e indemnización no debía dejarse al Estado víctima de un crimen a menos que la restitución en especie sea materialmente imposible o suponga una violación del jus cogens.

272. En lo concerniente a la satisfacción, los comentarios versaron sobre 1) el juicio de las personas individualmente responsables, 2) las exigencias que irían en menoscabo de la dignidad del Estado interesado y 3) el pago punitivo de daños y perjuicios. En relación con el primer aspecto, se opinó que, en el caso de los crímenes, el proceso debía poder iniciarse, contrariamente a lo que se preveía en cuanto a los delitos en el párrafo 2 del artículo 10, sin el

consentimiento del Estado autor. En cuanto a la prohibición de las exigencias que fueran en menoscabo de la dignidad del Estado interesado, se advirtió que no debía aplicarse en el caso de los crímenes, por cuanto un Estado, al cometer un crimen, ya se humilla a sí mismo a sabiendas y no es por tanto merecedor de tantas consideraciones. La concesión de daños y perjuicios de carácter punitivo fue calificada por algunos de los miembros que se refirieron a ella de elemento necesario de cualquier régimen de reparación de los crímenes. Se puso, sin embargo, en guardia contra los importantes problemas que planteaba esa concesión, especialmente cuando la víctima principal del crimen cometido por un Estado fuera la población.

273. En cuanto a los demandantes, se hizo referencia a la eventualidad de una pluralidad de Estados lesionados. Esa situación, se declaró, exigía cierta coordinación en la presentación de las demandas y podía requerir procedimientos especiales para la presentación y consideración de las mismas.

274. Algunos miembros opinaron asimismo que, en el caso de los crímenes, la reparación era debida no sólo al Estado materialmente lesionado, sino también, en un sentido más amplio, a la comunidad internacional. A este respecto se advirtió que, dado que no existía todavía una comunidad internacional organizada, el derecho a la reparación debía necesariamente corresponder a los Estados, no uti singuli, sino en el marco de una fórmula cualquiera de coordinación entre los Estados partes en el futuro instrumento sobre la responsabilidad. En cuanto a la sugerencia de que fueran la Asamblea General o el Consejo de Seguridad los que hicieran uso de los recursos en nombre de los Estados, se opinó que no estaba en armonía con el régimen de la Carta. Y, aunque se aludió a la posibilidad de que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad recabaran una opinión consultiva, se hizo notar que en ese caso ya no se trataría de un recurso judicial.

b. Las condiciones instrumentales (contramedidas)

- Las condiciones de recurso legal a contramedidas en el caso de los crímenes

275. Algunos miembros compartieron la opinión del Relator Especial de que la facultad de recurrir a contramedidas debía estar sujeta a condiciones menos estrictas en el caso de los crímenes que en el de los delitos. Se consideró, en particular, excesivo, exigir que el Estado que se estimara víctima de un crimen presentara, junto con su demanda una oferta de solución pacífica. Otros representantes expusieron opiniones diferentes. Se hizo notar, por ejemplo, que en un caso reciente, varios Estados habían adoptado, por su propia iniciativa, medidas económicas antes de tratar de resolver la cuestión mediante algún mecanismo de solución de controversias y que, sin esas condenas apresuradas y contramedidas económicas, quizás habría podido encontrarse una solución pacífica, pero de principio, al conflicto.

276. Los miembros que se ocuparon de la cuestión opinaron por lo general que el principio de proporcionalidad era aplicable a cualquier medida que se adoptara frente a los crímenes. Según algunos, esto significaba que, tanto en lo concerniente a las contramedidas como en otras esferas, la distinción entre crímenes y delitos carecía de importancia. Se hizo notar además que la no aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de los crímenes podía significar que el Estado responsable de un crimen no fuera tratado con toda la severidad debida. Se expresó también la opinión de que, además de imponer la obligación de proporcionalidad al Estado lesionado, debían imponerse también al

Estado que cometiera el crimen las obligaciones correspondientes de no adoptar contramedidas intensificadas ante las contramedidas, para agudizar la controversia.

277. En lo concerniente a las contramedidas prohibidas, los miembros que se refirieron a la cuestión convinieron en la necesidad de atenerse estrictamente a la prohibición del uso de la fuerza, manifestándose además la preocupación de que pudieran añadirse para el uso de ésta más pretextos de los que ya se habían invocado en el pasado. A este respecto se hizo hincapié en la prioridad que había que dar a la Carta en esta esfera. También se hizo notar que era precisamente la Carta, y no la categoría del crimen, lo que en última instancia justificaba o invalidaba el uso de la fuerza como reacción a éste y que, si bien la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Carta era controvertible, especialmente en lo concerniente a la intervención con fines humanitarios, la categoría de crimen de que se tratara no se había utilizado como elemento decisivo en ningún caso en que se hubiera llegado a la conclusión de que esa intervención era permisible.

278. En un plano más general se manifestó la opinión de que debía excluirse toda reacción individual que supusiera una violación de una norma de jus cogens. Se hizo a este respecto la observación de que consagrar la noción de crimen no equivalía a consagrar un derecho de reacción absoluto e ilimitado, como no consagraba tampoco la ley del talión, y que el mundo había sido recientemente testigo de una intervención armada a raíz de un genocidio que no había sido reconocida como legítima por la comunidad internacional porque, para poner fin a ese crimen, el Estado que había intervenido había violado a su vez una regla imperativa del derecho internacional.

279. A este respecto se opinó que la distinción que era preciso establecer no era entre contramedidas permisibles en caso de crimen (u otra violación de jus cogens), por una parte, y casos en los que no había crimen (u otra violación de jus cogens), por otra, sino entre contramedidas permisibles en virtud de un tratado multilateral, o incluso bilateral, aplicable (la Carta o un instrumento de otra índole) y casos en los que no hubiera tratados aplicables que prescribieran las contramedidas que podían adoptarse en caso de incumplimiento de una obligación o contuvieran disposiciones sobre la solución pacífica de las controversias. Se hizo asimismo hincapié en la necesidad de prever, cuando no haya un tratado aplicable, cierta reglamentación de las contramedidas que pueden adoptarse en caso de presunta violación por un Estado de una obligación multilateral.

280. En cuanto a las contramedidas no consistentes en el uso de la fuerza, estimó correcta, a pesar de la relativa imprecisión de sus conclusiones, la opinión del Relator de que podían llegar a ser excesivas en relación con las aplicables a la responsabilidad por delito.

281. Se discutió también ampliamente la cuestión de si la facultad de reacción a un crimen se extendía a Estados que no fueran el Estado víctima. A este respecto se opinó que la cuestión no tenía gran importancia, como no la tenía tampoco, en esta esfera como en otras, la distinción entre crímenes y delitos, ya que el problema de la pluralidad de Estados lesionados podía plantearse en relación con cualquier acto internacionalmente ilícito, independientemente de su gravedad. La opinión prevaleciente fue, sin embargo, la de que esa cuestión era perfectamente válida teniendo en cuenta que el crimen es, por definición, una violación de una obligación erga omnes, que lesiona los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

282. Algunos miembros advirtieron que la posición de los "Estados indirectamente lesionados" no debía ser equiparada a la ligera con la de las víctimas directas. A este respecto se manifestó que la comisión de un crimen no confería a Estados que no fueran el Estado víctima la condición de Estado lesionado a efectos de recurrir a contramedidas, y que los Estados que no fueran el Estado víctima no podían intervenir en respuesta a un crimen más que a falta de reacción colectiva; de lo que se trataba era de evitar que el concepto de crimen sirviera para legitimar la consagración de las relaciones de fuerza existentes. La facultad de reacción, se dijo, debía pertenecer en primer lugar a la comunidad internacional[358]. A ese respecto, la tendencia reciente a sacar el concepto de comunidad internacional del reino de la abstracción o del mito para elevarlo al de la experiencia y la historia vivas, era causa de satisfacción, como lo era también el papel cada vez más importante que desempeñaban las organizaciones no gubernamentales al superar el obstáculo que a veces representaba el concepto de la soberanía nacional para la solución de cuestiones de simple humanidad.

283. Otros miembros pusieron de relieve que la comunidad internacional no estaba bien equipada para tratar los crímenes internacionales de los Estados y que no existía en la actualidad ningún órgano internacional que estuviera expresamente facultado para reaccionar ante todo tipo de crímenes internacionales, lo que hacía que la reacción a un crimen siguiera siendo de la incumbencia individual de cada Estado. Aunque conviniendo en que el estado actual de la cuestión estaba lejos de ser satisfactorio, algunos miembros hicieron notar que la prohibición del uso de la fuerza, el principio de la solución pacífica de las controversias y el principio de proporcionalidad ofrecían garantías contra los abusos.

284. También tienen importancia en el presente contexto las opiniones manifestadas en lo concerniente a la posibilidad de crear nuevas instituciones a las que se encargue, como se hace constar en los párrafos 264 y 265 supra, de determinar si se ha cometido un crimen.

285. Teniendo en cuenta la falta de un mecanismo institucional y procesal habilitado para reaccionar ante un crimen en nombre de la colectividad internacional, ciertos miembros estimaron que, a falta de una acción verdaderamente colectiva, quizás pudiera autorizarse en buena y debida forma, a terceros Estados no directamente interesados, para adoptar medidas en defensa de los intereses de la comunidad internacional: además del derecho que ya tienen de hacer manifestaciones en ese sentido, esos Estados tendrían la facultad de adoptar contramedidas, y la prohibición del empleo de la fuerza sería una garantía contra el riesgo de que la sanción resultara desproporcionada en relación con el crimen.

286. Esta idea se precisó todavía más en relación con la agresión y el genocidio.

287. En lo concerniente a la agresión, se opinó que, entre los Estados no directamente interesados, había que distinguir aquellos que estaban directamente relacionados con el Estado víctima por un tratado de alianza militar que asimilara todo ataque contra una parte a un ataque contra la otra. Ese tipo de tratado planteaba el problema de la legítima defensa colectiva, de las condiciones de forma y de fondo, y de las condiciones instrumentales en la que esa defensa podía ser invocada de conformidad con la Carta de las

---

[358]O, más modestamente, como dijo un miembro, a la comunidad de los Estados Partes en la futura convención.

Naciones Unidas, y suscitaba el riesgo de que tal defensa fuera abusivamente invocada para eludir un control de la comunidad internacional o para infringir normas de jus cogens. En cuanto a los demás Estados que no tuvieron ningún vínculo jurídico con el Estado víctima, no tenían, por supuesto, derecho, según se dijo, a invocar la legítima defensa ni a recurrir a la fuerza armada para ayudar a la víctima: el recurso a la fuerza armada debía en ese caso efectuarse bajo la autoridad y el control de las autoridades internacionales competentes, y en particular del Consejo de Seguridad. Con referencia también a la relación entre defensa propia y medidas coactivas ordenadas en el plano internacional, se hizo notar que era posible que la acción de un Estado coincidiera con la adopción de medidas internacionales con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que esa coincidencia pudiera interpretarse en el sentido de que las acciones de las Naciones Unidas afectaban necesariamente a las obligaciones de los Estados en materia de crímenes internacionales cometidos por alguno o algunos de ellos. No obstante, se advirtió que esa coincidencia podía ser más fortuita que el resultado de una convicción de que las Naciones Unidas representaban a la comunidad organizada de naciones.

288. En relación con el genocidio se opinó que todos los Estados podían reaccionar ante un crimen de esa naturaleza aunque no estuvieran directamente afectados por él y en este sentido se puso de relieve la distinción establecida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones que se creaban en relación con otro Estado en el marco de la protección diplomática. Se advirtió también que el principio de actio popularis dimanante del reconocimiento de que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos controvertidos podía revestir una importancia considerable. Se evocó a este respecto el asunto relativo a la aplicación de la Convención de 1948 sobre el Genocidio, sometido a la Corte por Bosnia y Herzegovina en marzo de 1993. Se señaló asimismo en este contexto la distinción que debía establecerse entre el caso en que un Estado perpetraba actos de ese tipo contra su propia población y aquel en que el genocidio no se limitaba a la población nacional, sino que se extendía a la población de otros Estados. A la cuestión de saber si, en el primer caso, los otros Estados debían recurrir a contramedidas que no supusieran el empleo de la fuerza armada, o confiar ese cometido a los mecanismos colectivos, se respondió que el recurso a ciertas contramedidas (por ejemplo, el embargo sobre el aprovisionamiento de armas) era posible, si bien bajo el control de mecanismos colectivos, y que la cuestión de la intervención humanitaria con empleo de fuerza armada debía ser cuidadosamente examinada. En cuanto al segundo caso (genocidio perpetrado contra la población nacional y contra la población de otros Estados), se planteó la cuestión de si los Estados lesionados podían prever la intervención, es decir, el recurso a la fuerza armada, por razones humanitarias. La Comisión fue invitada a reflexionar sobre estas cuestiones, con la advertencia de que, en caso contrario, dejaría a los Estados en libertad absoluta para invocar la noción, todavía muy vaga, de intervención por motivos humanitarios.

iii) Las consecuencias punitivas del concepto de crimen

289. Algunos miembros subrayaron que, aunque las nociones de falta y castigo estaban fuera de lugar en el régimen de responsabilidad por violaciones ordinarias del derecho internacional, la situación era distinta en el caso de los crímenes. Se aludió a este respecto a las medidas adoptadas contra las Potencias del Eje después de la segunda guerra mundial, así como a las "sanciones políticas" (transferencia de territorios, ocupación militar, embargo o confiscación de bienes, control de armamentos, desplazamiento de poblaciones, desmantelamiento de industrias, desmilitarización, etc.) enumeradas, aunque no comentadas, por el Relator Especial en su quinto informe.

290. Otros miembros advirtieron que el castigo no era lex lata y que el régimen impuesto por los vencedores a los vencidos en 1945 había quedado vedado por la Carta para el porvenir, como lo demostraba la inclusión de la reserva contenida en el Artículo 107. Esos miembros se oponían vigorosamente a la idea de que una coalición de Potencias victoriosas pudiera unilateral y arbitrariamente, basándose en su sola voluntad política, anexionarse partes del territorio de un Estado agresor y expulsar de ellas a la población, violando principios fundamentales del derecho humanitario y de los derechos humanos, así como instrumentos que prohíben la adquisición de territorios por la fuerza, aunque sea en ejercicio del derecho de legítima defensa. Se sugirió en este contexto la inclusión en el proyecto de una prohibición expresa de las consecuencias punitivas, incluso en el caso de los crímenes que amenazaran la integridad territorial de los Estados. En apoyo de esta posición se hizo notar que si los únicos objetivos perseguidos eran el castigo y la revancha, se perpetuaría necesariamente la tensión y que si la víctima tenía, por supuesto, derecho a obtener reparación y satisfacción, no debía sacrificarse por ello el objetivo de la reconciliación. Se insistió también en la necesidad de evitar el "ostracismo" del Estado acusado, el cual debía seguir, juntamente con su población, formando parte de la sociedad internacional.

291. Se calificó de especialmente difícil la cuestión de la culpabilidad y responsabilidad de la población y se puso en guardia contra respuestas demasiado simplistas que hicieran caso omiso de la multiplicidad de las relaciones existentes dentro de cada Estado o entre los Estados en general. Se hizo referencia a este respecto al genocidio, cuya víctima principal era la población del Estado que lo perpetraba.

292. Aunque algunos miembros convinieron con el Relator Especial en que era posible que la población de un Estado criminal no fuera totalmente inocente, la mayoría aconsejaron la mayor prudencia en este terreno. A este respecto se hizo notar que era grande la tentación de hacer sufrir a un pueblo que hubiera aplaudido la comisión de un crimen las consecuencias de su comportamiento, pero también se dijo que no había que perder de vista que la opinión pública se deja fácilmente cegar, no sólo en los países sometidos a un régimen despótico, sino incluso en los países democráticos. Varios representantes subrayaron además que las medidas punitivas tenían muchas probabilidades de afectar a inocentes, mujeres y niños, miembros incluso de la sociedad considerada que, ya individual o colectivamente, se hubieran opuesto al crimen, y que las sanciones contra un Estado no eran legítimas si no se habían adoptado respetando al mismo tiempo los derechos del pueblo interesado con arreglo a un procedimiento riguroso y si no se establecían ciertos límites al reconocimiento, sin duda inevitable, de cierto grado de culpabilidad colectiva.

293. Varios miembros insistieron en la necesidad de encontrar un equilibrio. Se aludió a este respecto al Capítulo VII de la Carta, que contenía quizás un principio de respuesta, al exigir que se tomaran en consideración las repercusiones económicas y de otro tipo que las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad pudieran tener sobre los otros Estados y sus poblaciones y que se previeran medios para garantizar que las consecuencias no afectan desproporcionadamente a las poblaciones.

294. Se aludió también a la posibilidad de recurrir a medidas que, aun constituyendo un castigo, no afectaran a la población del Estado de que se tratase, por ejemplo el desmantelamiento de fábricas de armamento y la prohibición de fabricar ciertas armas, o a medidas destinadas a proteger a la población, como por ejemplo la sumisión del Estado de que se trate a un control internacional, ya por decisión de los Estados vencedores en ejercicio de su derecho de legítima defensa, ya por una jurisdicción internacional.

295. Varios miembros opinaron que la solución del problema residía en el procesamiento y castigo de los dirigentes y funcionarios responsables. A este respecto se advirtió, sin embargo, que la sugerencia de que el procesamiento de personas individuales pudiera constituir una forma de contramedida agravada era totalmente inadmisible desde el punto de vista del debido respeto de las garantías procesales, ya que la culpabilidad o inocencia de un individuo era distinta de la del Estado y tenía que juzgarse con independencia de ésta.

iv) La función de las Naciones Unidas en la determinación de la existencia y las consecuencias de un crimen

296. Algunos miembros señalaron que las Naciones Unidas eran la expresión más convincente de la "comunidad internacional organizada" y el instrumento normal de reacción frente a los crímenes. Otros indicaron que el régimen de la Carta sólo aportaba una respuesta fragmentaria al problema en estudio y que, no obstante sus principios y propósitos, las Naciones Unidas no eran un Estado supranacional dotado, en un plano superior, de poderes comparables a los de un Estado en el plano nacional; tampoco podían ejercer toda la panoplia de poderes de un Estado nación ni imponer sanciones por infracciones de la ley.

297. Si bien se opinó que la Comisión podría muy bien pensar en recomendar una revisión de la Carta y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como algunas otras innovaciones institucionales que resultaran necesarias para aplicar ciertas normas básicas a los crímenes internacionales de los Estados, la opinión predominante fue que la Comisión debía abstenerse de hacerlo, teniendo presente que su tarea consistía en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y que no tenía facultades para conferir una nueva competencia a las Naciones Unidas y sus órganos.

298. Por lo que respecta a la función del Consejo de Seguridad, los miembros que abordaron la cuestión distinguieron en general entre la categoría de hechos internacionalmente ilícitos a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 (incluida la agresión) y las categorías enumeradas en los apartados b), c) y d) del párrafo 3 del mismo artículo.

299. Por lo que respecta a la agresión, los comentarios se centraron en la función del Consejo en 1) la determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito y 2) la determinación de las consecuencias correspondientes.

300. Sobre el primer punto se expresó la opinión de que nada se oponía a que el Consejo de Seguridad comprobara la existencia de un crimen en virtud de las facultades que le confería la Carta, desde el momento en que el hecho incriminado diera lugar a las situaciones mencionadas en el Artículo 39 de la Carta. Según otro miembro, no cabía ninguna duda de que el Consejo tenía la facultad de determinar que se había cometido un acto de agresión; de ello se seguía que si la agresión se tipificaba como un crimen el Consejo estaba facultado para determinar que se había cometido un crimen.

301. Sin embargo, a este respecto se hizo una advertencia. Varios miembros subrayaron que el Consejo de Seguridad no tenía ni la función constitucional ni los medios técnicos para determinar la comisión de un crimen. Se afirmó que el Consejo era un órgano político dotado de facultades políticas que no podía, sin actuar ultra vires, decidir sobre la responsabilidad judicial de un Estado. También se señaló a la atención en este contexto la falta en el régimen de la Carta de un mecanismo de control para determinar si el Consejo se excedía y abusaba de su autoridad y cuándo lo hacía.

302. Con referencia a esas preocupaciones algunos miembros señalaron a la atención el sistema de frenos y contrapesos destinado a minimizar el riesgo de que el Consejo pudiera adoptar una decisión manifiestamente ilegal. Además, se sugirió que toda determinación de la agresión por el Consejo fuera impugnable, en virtud de una norma que se insertase en el artículo 19 según la cual el Estado calificado de agresor pudiera dirigirse a un órgano judicial, en su caso la Corte Internacional de Justicia. Otra sugerencia fue que la determinación del Consejo tomara la forma de una presunción y no de una conclusión definitiva.

303. Por lo que respecta al segundo punto mencionado en el párrafo 297 se expresó la opinión de que el Consejo estaba facultado para decidir sobre las sanciones que se habían de imponer a los responsables en el marco de las facultades que le confería el Capítulo VII de la Carta. A este respecto se dijo que el Consejo estaría llamado a desempeñar una función central en el caso de medidas que pudieran afectar a la independencia, a la soberanía o a la integridad territorial del Estado autor, y más en particular de acciones armadas, y que su intervención condicionaba la posible suspensión de las prohibiciones previstas en el artículo 14. También se expresó la opinión de que aunque el Consejo de Seguridad jamás había adoptado medidas punitivas, porque no había decidido nunca que se había cometido un crimen ni siquiera había hecho constar la comisión de un acto de agresión, la Carta le confería no obstante la facultad de llegar a la conclusión, una vez comprobada la existencia de un crimen de agresión, de que las sanciones colectivas debían llevar consigo medidas punitivas adecuadas a un crimen.

304. Otros miembros subrayaron que el Consejo no había de funcionar como un mecanismo de sanciones. Señalaron que el Consejo tenía una función de policía orientada hacia el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que raramente había adoptado sanciones obligatorias y que el caso del Iraq en el que el Consejo había impuesto obligaciones a los Estados Miembros que podían afectar a su comportamiento, era un caso especial del que no se podía extraer la conclusión general de que las Naciones Unidas podían prescribir consecuencias de los crímenes internacionales enumerados en el artículo 19. A este respecto se expresó la preocupación de que aunque las medidas punitivas se presentaban como algo perteneciente al pasado que no tenía cabida en la codificación moderna del derecho internacional, el mundo debía constatar en la práctica del Consejo de Seguridad una tendencia no a abandonar las medidas punitivas sino a disfrazarlas de restitutio o garantías de no repetición. Se invitó a la Comisión a preguntarse si, en un momento en que se tomaban medidas severas sobre la base de la "reacción orgánica" de la comunidad mundial contra un Estado que cometiere un crimen, y en que se afirmaba que una reacción de ese tipo quedaba fuera del régimen de responsabilidad, debía aceptar el ejercicio sin trabas del poder para ocultar una severa intención punitiva en el régimen del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

305. Por lo que respecta a las categorías de hechos internacionalmente ilícitos a que se hace referencia en los apartados b), c) y d) del párrafo 3 del artículo 19, se señaló que cabía presumir que el Consejo de Seguridad tenía competencia para determinar que se habían cometido cuando entrañaban un quebrantamiento de la paz con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 39 de la Carta. Algunos miembros se mostraron partidarios de una interpretación amplia de las facultades del Consejo en virtud del Capítulo VII o preveían la posibilidad de que la competencia del Consejo abarcara todas las violaciones previstas en un artículo 19 revisado en su caso.

306. Sin embargo, se expresó la preocupación de que todo intento de encajar los crímenes distintos de la agresión en el concepto de mantenimiento de la paz y la

seguridad internacionales diera lugar a amalgamas peligrosas con su cortejo de desviaciones, conclusiones discutibles y cuestionamiento de las facultades del Consejo de Seguridad. En este contexto se hizo la observación de que la actual tendencia hacia una considerable ampliación del concepto de amenaza a la paz tenía sus límites y que probablemente una extensión exagerada de ese concepto no era muy oportuna.

307. También se expresó la preocupación de que el Consejo de Seguridad estaba muy marcado por su procedimiento (y en particular por el derecho de veto que confería una inmunidad permanente por lo menos a cinco países y a algunos otros) y, por consiguiente, no podía ni crear un tribunal ni sancionar la responsabilidad por crímenes. A este respecto se hizo referencia a los actuales acontecimientos en relación con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y se señaló que una representación más equilibrada de los diversos grupos regionales, acompañada de una distribución más equitativa de los puestos permanentes, aumentaría la credibilidad del Consejo de Seguridad para determinar ciertos crímenes internacionales y autorizar operaciones punitivas o de legítima defensa colectivas en nombre de la comunidad internacional.

308. Varios miembros hicieron referencia a la cuestión, planteada por el Relator Especial en su quinto informe, de si las resoluciones 687 (1991), 748 (1992) y 808 (1993) reflejaban una expansión de la competencia del Consejo de Seguridad.

309. La mayoría de los miembros que hicieron observaciones sobre esta cuestión dieron una respuesta negativa. Se afirmó en particular que cada una de las resoluciones mencionadas trataba del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es decir, la esfera de responsabilidad del Consejo de Seguridad. En este contexto, sin embargo, un miembro opinó que el Consejo había ido en ocasiones más allá de las facultades que la Carta le confería. Se señaló por varios miembros el hecho de que si había habido o no una evolución en la competencia del Consejo de Seguridad era una cuestión de interpretación de la Carta que quedaba fuera del mandato de la Comisión.

310. Algunos miembros insistieron en la distinción que había que hacer entre las facultades del Consejo de Seguridad y las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. Si bien se señaló que el Consejo no tenía facultades para promulgar nuevas normas más allá de lo dispuesto en la Carta y estaba obligado a aplicar el derecho dentro de los límites de su competencia, se subrayó también que los poderes del Consejo no dependían para nada de las normas en estudio. Se manifestó apoyo a la inclusión en el proyecto de artículos de una cláusula similar a la del artículo 4 de la segunda parte cuyo objeto fuera reservar la competencia de las Naciones Unidas o de ciertos organismos regionales en caso de amenaza a la paz o de agresión e impedir toda ampliación de las excepciones a la prohibición del recurso a la fuerza. Sin embargo, se pusieron objeciones a cualquier fórmula que subordinara la aplicabilidad de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados a las decisiones del Consejo o los privara de sentido en ciertas situaciones a voluntad de un órgano político.

311. Varios miembros formularon la opinión de que la Asamblea General tenía una función que desempeñar en relación con los crímenes, dado que reflejaba la conciencia de la comunidad internacional. Se indicó que sobre la base de la Carta, la Asamblea podía ocuparse de una amplia variedad de asuntos y aprovechaba esas facultades, y que, aunque con respecto a la reacción a un hecho ilícito como, en todos los demás sentidos, carecía de facultad de decisión, si estaba en condiciones, mediante recomendaciones, de permitir y autorizar conductas que podían tener una considerable repercusión en cuestiones relativas al tema en estudio. A este respecto se hizo referencia a las múltiples

resoluciones en que la Asamblea General había declarado que los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera - un crimen con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 - podían utilizar todos los medios para combatir esa dominación.

312. Sin embargo, se insistió en los límites de la función de la Asamblea en la esfera en examen, teniendo presente que la determinación de las consecuencias de un crimen era más bien un acto de carácter judicial. Varios miembros previnieron además contra la posibilidad de iniciar en el seno de la Comisión un debate sobre las facultades de los órganos de las Naciones Unidas o sobre el ámbito de aplicación del Artículo 51 de la Carta. Se recordó que era el Consejo de Seguridad el que podía ordenar el recurso a la fuerza armada en virtud del Artículo 42 de la Carta y que el derecho de legítima defensa estaba sujeto a condiciones estrictas en virtud del Artículo 51. Se expresaron graves dudas acerca de la posibilidad, en el actual clima político, de adaptar legalmente las facultades de los órganos de las Naciones Unidas a las tareas derivadas del artículo 19 de la primera parte, tanto más cuanto que esa adaptación implicaría el examen de normas primarias y rebasaba el mandato de la Comisión. Aun reconociendo que la Comisión no tenía por qué colmar las lagunas de la Carta ni revisarla, algunos miembros sugirieron que se introdujeran medios de aprovechar al máximo las facultades y funciones de los órganos de las Naciones Unidas en lugar de remitirse al Capítulo VII solamente y al Consejo de Seguridad cuya intervención sistemática era en realidad, según señaló un miembro, una solución cómoda.

313. Por lo que respecta a la Corte Internacional de Justicia, varios miembros subrayaron que la determinación última en relación con la comisión de un crimen sólo podía confiarse a un órgano judicial. Se recordó a este respecto que la Corte podía pronunciarse sobre la existencia de cualquier quebrantamiento del derecho internacional, incluida la existencia de un crimen, y extraer las conclusiones necesarias. La fórmula adoptada en la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se consideró como el único sustitutivo aceptable de la determinación por el propio Estado de la comisión de un crimen.

314. Sin embargo, se señalaron a la atención los límites de la jurisdicción de la Corte, dado el carácter consensual de su competencia. Se afirmó que el otorgamiento de jurisdicción obligatoria a la Corte en los casos de que se trataba equivaldría a una auténtica revolución en el derecho internacional.

v) Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre circunstancias que excluyen la ilicitud

315. Se hizo la observación de que, dada la definición enunciada en el párrafo 2 del artículo 19 y el carácter erga omnes de la obligación violada en caso de crimen, y habida cuenta del párrafo 2 del artículo 29, quedaba ya establecido que el consentimiento no podía excluir la ilicitud de un crimen. Por lo que respecta al estado de necesidad, se señaló a la atención el apartado a) del párrafo 2 del artículo 33, que igualmente hacía una excepción en el caso de una norma imperativa de derecho internacional general, de manera que el problema estaba ya resuelto. En cuanto a la fuerza mayor, objeto del artículo 31, se indicó que difícilmente podía aplicarse en el caso de los crímenes porque un crimen entrañaba premeditación.

316. Según una opinión, el análisis precedente confirmaba que no tenía objeto la distinción entre crímenes y delitos. Según otra opinión, la inaplicabilidad de las circunstancias que excluye a la ilicitud formaba parte del régimen jurídico especial aplicable a los crímenes.

vi) La obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de un crimen

317. Algunos miembros señalaron que la ilustración normal de esta obligación guardaba relación con la adquisición de territorio. A este respecto se plantearon varias cuestiones. En primer lugar se señaló que al establecer una obligación de no reconocer como legal cualquier adquisición territorial derivada del uso de la fuerza, se volvía a la norma primaria que prohibía el uso de la fuerza contra la integridad territorial y contra los derechos de los pueblos y se entraba en el ámbito de las normas primarias, olvidando la decisión de la Comisión de tratar únicamente en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados de "normas secundarias". También se indicó que en la práctica de los Estados la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza no había de caracterizarse como un crimen del Estado: la obligación de no reconocer esa adquisición era consecuencia no sólo de los crímenes sino también de los delitos y la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza en ejercicio de la legítima defensa, aunque no era un crimen, seguía siendo un hecho ilícito al que debía aplicarse la obligación de no reconocimiento. Otra cuestión que se mencionó en este contexto fue que la conducta más criminal era criminal por razón de sus consecuencias de hecho y que los hechos habían de reconocerse; se trataba de saber si se reconocían también las consecuencias jurídicas.

318. Los miembros que abordaron la cuestión convinieron en que la obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de los crímenes de agresión se derivaba de una decisión del Consejo de Seguridad. Sin embargo, uno de ellos opinó que la obligación en cuestión podía nacer también de una declaración autorizada de la Asamblea General.

vii) La obligación general de no ayudar a un Estado "criminal"

319. Se señaló que esta cuestión pertenecía a la esfera de la complicidad y era una cuestión de derecho primario. Un miembro, si bien admitió que la obligación pasiva de no reconocimiento se limitaba a ciertas clases de hechos ilícitos cuando estaba en discusión la validez de la medida adoptada, señaló que la obligación de no prestar asistencia al Estado autor, que, en su opinión abarcaba tanto los delitos como los crímenes, no se limitaba a los hechos en que entrara en juego la validez. Se hizo además la observación de que no existía obligación de lege lata o de lege ferenda de prestar ayuda a la víctima de un crimen.

c) Las vías de actuación abiertas a la Comisión

320. Según una corriente de opinión, la Comisión, pese a las dificultades a que daba lugar el concepto de crímenes del Estado, debía proseguir su tarea sin vacilar y dedicarse a definir las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos más graves que eran necesariamente diferentes, tanto a nivel sustantivo como a nivel adjetivo, de las consecuencias de los delitos. Se subrayó que un estudio a fondo de las consecuencias de los crímenes que preservara el equilibrio entre codificación y desarrollo progresivo permitiría a la Comisión pronunciarse con perfecto conocimiento de causa, en segunda lectura, sobre la validez de la dicotomía establecida al principio. Por consiguiente se invitó a la Comisión a que se aplicara con prioridad a establecer un régimen especial de responsabilidad por los crímenes, conforme al mandato que le había renovado periódicamente la Asamblea General desde 1976. Se expresó confianza en que si

bien existían otras posibilidades[359], el supuesto más probable era que la Comisión determinaría diferencias apreciables en las consecuencias de las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, sobre la base de la aceptación del artículo 19. Se sugirió que para facilitar la tarea la Comisión estableciera una cooperación con expertos del exterior, teniendo presente que todo progreso realizado en esta materia podría contribuir a reforzar la primacía del derecho en las relaciones internacionales, prevenir los conflictos y facilitar su solución.

321. Según otra corriente de opinión, no sería prudente que la Comisión se dedicase a formular disposiciones detalladas acerca de las consecuencias de los crímenes, dado el riesgo perfectamente real de que en definitiva pudiera fracasar en sus esfuerzos por elaborar una definición satisfactoria de "crimen del Estado" y no determinase más que consecuencias insignificantes, perjudiciales para otros aspectos más realistas del derecho o que pudieran agravar las amenazas contra la paz y la seguridad o restar viabilidad al concepto de violación erga omnes en general. También se señaló que todo esfuerzo por elaborar las consecuencias que pudieran derivarse de los crímenes de los Estados se desviaría de la premisa básica de que el proyecto había de confinarse a las normas secundarias, confrontaría a la Comisión con problemas de aplicación, invadiría el terreno del régimen de la Carta y supondría una desviación de la importante tarea de desarrollar un régimen satisfactorio relativo a cuestiones generales de la responsabilidad de los Estados.

322. Aunque desaconsejaron cualquier cuestionamiento apresurado del artículo 19, cuya aprobación, según se recordó, fue descrita por la Comisión en el comentario pertinente como un paso comparable al dado con el reconocimiento explícito de la categoría de las reglas de jus cogens en la codificación del derecho de los tratados, varios miembros admitieron que sería imposible que la Comisión, dentro de los límites de tiempo que se había fijado, elaborase normas sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, habida cuenta de las dudas que existían sobre la distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 y teniendo presente la escasez de la práctica pertinente y el carácter delicado de la cuestión, que afectaba a la soberanía de los Estados.

323. En el plano del procedimiento, algunos consideraron que era urgente establecer un régimen apropiado para los crímenes internacionales. Se sugirió que la Comisión debería comunicar a la Asamblea General las dificultades con que tropezaba y abstenerse en la fase de la primera lectura de presentar artículos sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, reservándose la facultad de hacerlo en segunda lectura. Sin embargo, suscitó objeciones la idea de que la Comisión recabase la orientación de la Sexta Comisión, al igual que a la sugerencia de que los crímenes del Estado constituyeran el objeto de un tema aparte.

324. En el plano sustantivo se expusieron diversas ideas: se dijo que la Comisión podría limitarse a hacer constar la existencia de un vínculo estrecho entre las consecuencias materiales de los crímenes y la reacción de la comunidad internacional entera frente a esas consecuencias. Otro posible enfoque que se

---

[359]Se dijo que la Comisión podría aplazar la cuestión hasta la segunda lectura, en cuya etapa podría abordar con éxito la cuestión o decidir expresamente excluir del ámbito del proyecto los hechos internacionalmente ilícitos más graves o, por el contrario, llegar a la conclusión de que los crímenes no entrañaban consecuencias diferentes de las de los delitos, planteándose entonces la cuestión de si debía eliminarse el artículo 19 no obstante su peso ideológico y simbólico.

mencionó fue el de retener el artículo 19 con modificaciones, incluir en la segunda parte una cláusula que dijera que la aplicación del proyecto de artículos a los casos constitutivos de crímenes definidos en el artículo 19 era una cuestión que no se trataba en el proyecto de artículos y que esos artículos habían de entenderse sin perjuicio de esa aplicación, de conformidad con la Carta o con el derecho internacional general y, finalmente adaptar las normas de la segunda parte para abordar los crímenes de los Estados en su manifestación como hechos internacionalmente ilícitos. Se sugirió además que el proyecto se limitara de momento a la formulación de normas relativas a las consecuencias de la agresión, el genocidio y el apartheid.

d) Conclusiones del Relator Especial sobre el debate

325. Refiriéndose a la cuestión general de si debía mantenerse la distinción que se establecía en el artículo 19 entre crímenes y delitos internacionales, el Relator Especial hizo notar que, para la mayoría de los miembros, las infracciones muy graves del derecho internacional requerían consideración separada dentro del marco de la primera lectura del proyecto; mientras que algunos de ellos basaban esa distinción en una simple diferencia de gravedad entre unos actos delictivos internacionales y otros, la opinión prevaleciente era que esa dicotomía tenía su base en una diferencia de naturaleza. Otros, por su parte, opinaban que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no debía tratar de una categoría especial y diferenciada de "crímenes". Algunos, finalmente preconizaban incluso la eliminación del proyecto de todo tipo de distinción.

326. En lo concerniente al artículo 19, el Relator Especial destacó que según la mayoría debía mantenerse, pese a sus defectos, la redacción actual, mejorada quizás en segunda lectura habida cuenta de la evolución de la práctica de los Estados y de la doctrina. Recordó que, a pesar de algunas reservas, eran bastantes los miembros que parecían inclinarse por el mantenimiento del término "crímenes", aunque sin excluir por ello la posibilidad de encontrar una solución mejor. Otros preferían que se renunciara al término "crimen", debido a sus connotaciones de derecho penal interno. Algunos sugirieron que se sustituyera por una referencia a las violaciones muy graves del jus cogens. El Relator Especial hizo notar asimismo que, aunque los elementos básicos de la definición habían sido en general aceptados, especialmente la referencia a la violación por un Estado de una obligación internacional de importancia fundamental para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, la lista que figuraba en el párrafo 3 del artículo 19 exigía, a juicio de la mayoría de los oradores, nuevo examen, si no su inclusión en el comentario.

327. Refiriéndose a las posibilidades que se ofrecían a la Comisión, el Relator Especial advirtió que algunos miembros habían sugerido que se sometiera en primera lectura a la Asamblea General un texto que no se refiriera a las consecuencias de los crímenes, que se señalaran a la atención de la Asamblea las dudas que habían manifestado muchos miembros en cuanto a la posibilidad de codificar esta materia mientras no se encontrara una definición más aceptable de los crímenes y que se aplazara para la segunda lectura del proyecto la decisión sobre el artículo 19 y sobre las consecuencias de los crímenes. Dijo también que la mayoría de los miembros, con excepción, por supuesto, de los que eran totalmente opuestos a la dicotomía que se establecía en el artículo 19, consideraban preferible que la Comisión estudiara todas las soluciones posibles en forma de proyectos de artículos que fueran considerados por el Comité de Redacción en el próximo período de sesiones, y se pronunciara sobre la cuestión con ocasión de la segunda lectura.

328. En cuanto a la cuestión de quién era competente para determinar que se había cometido un crimen en un caso determinado y para poner en práctica el régimen aplicable, el Relator Especial hizo notar que el debate había puesto de relieve dos series de problemas. Un problema que algunos oradores parecían considerar relacionado con la tercera parte del proyecto era el de qué órgano sería competente para resolver las posibles controversias sobre la existencia y la atribución de un crimen y para decidir sobre la legitimidad de la reacción y sobre las medidas que exigiera la situación. El otro problema, que debía indudablemente incluirse en la segunda parte, era el de quién podía legítimamente reaccionar, ya fuera reclamando el cumplimiento de una obligación sustantiva (cesación del acto ilícito, reparación, satisfacción, garantías de no repetición), ya recurriendo a otras medidas (contramedidas o sanciones).

329. En lo concerniente al primer problema, el Relator Especial destacó que algunos oradores eran partidarios del establecimiento, quizás en un protocolo adicional, de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros dudaban de la utilidad de esa solución en vista de la renuencia que mostraban los Estados a recurrir a la Corte en asuntos importantes y del carácter voluntario de la jurisdicción de la Corte. Muchos oradores habían hecho hincapié en la necesidad de prever un mecanismo de verificación, de carácter judicial, que estuviera facultado para decidir basándose en la ley.

330. En cuanto al segundo problema, es decir, el de quién está legitimado para reaccionar, el Relator Especial observó que se reconocía en general (con excepción de unos cuantos oradores radicalmente opuestos a la idea de un régimen especial para los crímenes) que la reacción a un crimen (empezando incluso por la calificación y la atribución del mismo) debía tener de preferencia su origen en un órgano internacional capaz de interpretar y poner en práctica la "voluntad" de la comunidad internacional y que aplicara, directamente o mediante decisiones obligatorias cuyos destinatarios fuesen los Estados, las consecuencias, de carácter más o menos perentorio, previstas por el derecho internacional. En ese contexto, él dudaba seriamente de que por el momento existiera una comunidad internacional organizada; a su juicio, la pretensión de que las Naciones Unidas constituían la expresión de una comunidad internacional bien organizada era altamente discutible. En todo caso, era opinión general que la llamada comunidad internacional no disponía actualmente, ni era probable que dispusiera en un futuro próximo, de un órgano adecuadamente representativo al que se confiara la función de poner en práctica el régimen aplicable a los crímenes y de organizar la respuesta a éstos, a reserva siempre de una verificación judicial apropiada de la legitimidad de la determinación de los crímenes y de la reacción a ellos. Recordó también que casi todos los oradores estaban de acuerdo en que, al menos para el caso de los crímenes consistentes en una agresión o en una violación de la paz, ya existía en el capítulo VII de la Carta un sistema de reacción colectiva, que no había sido, sin embargo, concebido, ni era fácilmente adaptable en su forma actual, a la aplicación de un régimen de responsabilidad.

331. Refiriéndose a la competencia de lege lata o de lege ferenda de los órganos de las Naciones Unidas en la aplicación de la reacción a los crímenes, dijo el Relator Especial que la mayoría de los miembros parecían compartir la opinión que él había expuesto en su quinto informe[360] de que, incluso en el caso de un crimen tal como la agresión, el Consejo no podía ser considerado como el órgano específicamente competente para una reacción colectiva, ya fuera ratione materiae (por ejemplo, en lo relativo a la reparación), ya desde el punto de vista de los criterios de evaluación jurídica o política, ya, finalmente, desde

[360] A/CN.4/453/Add.3, párrs. 89 y ss., especialmente 102 a 125 y 110 a 115.

la perspectiva de una exigencia elemental de imparcialidad, difícilmente conciliable con el hecho de que el llamado derecho de veto garantizaría prácticamente la inmunidad de ciertos Estados. Advirtió a este respecto que si, por una parte, el régimen que se previera para la aplicación de las consecuencias de los crímenes no debía en modo alguno poner en tela de juicio los importantes poderes del Consejo de Seguridad en relación con el mantenimiento (y restablecimiento) de la paz, no sería tampoco procedente dar por supuesto que el Consejo de Seguridad podía ser incondicionalmente reconocido como órgano competente para la aplicación del régimen jurídico de los crímenes internacionales de los Estados, especialmente en el caso de las tres categorías de crímenes distintos de la agresión. Recordó también que, en vista de esas dificultades, algunos de los oradores habían sugerido que se circunscribiera la definición de los crímenes a las hipótesis ya previstas en el Capítulo VII de la Carta, o que se trataran por separado los crímenes relacionados con esas hipótesis a fin de tomar mejor en consideración las posibilidades de acción del Consejo de Seguridad respecto de esos crímenes.

332. El Relator Especial destacó que varios oradores habían puesto en guardia contra toda injerencia en la función del Consejo de Seguridad, el cual tenía una función política dirigida al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y no se ocupaba ni del requisito previo de la comisión del crimen, ni de la definición de la ley y la sanción del autor. No debía, en particular, preverse ninguna enmienda de la Carta destinada a confiar nuevas funciones al Consejo, y el proyecto debía indicar que sus disposiciones sobre los crímenes no irían en menoscabo de los procedimientos fijados en la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

333. El Relator Especial hizo notar además que, aunque algunos se inclinaban por dejar al Consejo de Seguridad la tarea de la aplicación de las consecuencias de los crímenes correspondientes a las hipótesis previstas en el Capítulo VII de la Carta, otros habían sugerido una interpretación más liberal de los poderes del Consejo que permitiera a éste ocuparse igualmente de otros crímenes, y que al mismo tiempo se había destacado la necesidad de una reevaluación del papel de la Asamblea General como expresión de la "conciencia" de la comunidad internacional en su conjunto.

334. El Relator Especial destacó que la mayoría de los participantes en el debate habían puesto en guardia contra la posibilidad de dejar la reacción al crimen en manos de cada uno de los Estados lesionados (o de pequeños grupos de Estados) y habían considerado deseable una respuesta colectiva, ya de órganos de las Naciones Unidas, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General (competente esta última para ocuparse de todo tipo de situaciones que pudieran suponer la comisión de crímenes), ya, según algunos oradores, de otros órganos colectivos que pudieran establecerse. También se habían sugerido posibles procedimientos de consulta. Algunos oradores se habían opuesto firmemente a la posibilidad de permitir, especialmente en relación con las medidas o sanciones más graves y a falta de toda manifestación de una "voluntad colectiva", iniciativas unilaterales de Estados o de grupos de Estados, mientras que otros habían opinado que debía dejarse abierta la puerta a la adopción de medidas unilaterales por cualquier Estado, ya en caso de falta de reacción oportuna y efectiva por parte de la llamada comunidad internacional organizada, ya para complementar esa reacción colectiva, en el entendimiento, evidentemente, de que no debía aceptarse ninguna reacción armada.

335. En lo concerniente a los aspectos objetivos de las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, y concretamente a la naturaleza y el grado de las consecuencias agravadas, el Relator Especial puso de relieve la amplia aceptación de la idea de que no todas las excepciones previstas en los

artículos 7 y 10 debían aplicarse en el caso de los crímenes: concretamente, la restitución en especie estaría únicamente sujeta a las restricciones del jus cogens y de la imposibilidad física, mientras que en el caso de la satisfacción las excepciones serían no sólo la concesión de "daños y perjuicios punitivos" excesivamente gravosos, sino también las medidas que afectaran a la "soberanía interna", la jurisdicción nacional y la dignidad del Estado.

336. En cuanto a las consecuencias instrumentales, el Relator Especial había comprobado la existencia de un amplio acuerdo en lo concerniente a la prohibición, incluso en el caso de los crímenes, de medidas armadas, excepto, por supuesto, en el caso de las medidas que se adoptaran en legítima defensa, ya fuera individual o colectiva, o que adoptara, en virtud del Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad en situaciones que comprendieran crímenes de agresión, lo que, a su juicio, parecía confirmar una clara preferencia por un tratamiento diferenciado del crimen de agresión, como algo distinto de los demás tipos de crímenes enumerados en el artículo 19.

337. En relación con la legítima defensa colectiva, el Relator Especial advirtió que, según un orador, el proyecto debía insistir en los límites de la legítima defensa y poner claramente de relieve que un Estado sólo tiene derecho a actuar en ese sentido a petición del Estado atacado o sobre la base de una alianza o de un tratado regional de seguridad. Hizo notar asimismo que, excepto en el caso de legítima defensa, el empleo de la fuerza se consideraba por lo general, incluso como reacción a un crimen, como prerrogativa exclusiva de la llamada "comunidad internacional organizada" (y particularmente del Consejo de Seguridad), cuya autorización previa se requería para el uso de la fuerza en casos que no fueran de agresión, con inclusión de los de genocidio o de intervención por motivos humanitarios.

338. El Relator Especial advirtió que la mayoría de los oradores mantenían que las medidas "más onerosas", pero en ningún caso armadas, que se previeran debían ser menos intensas que las que pudiera aplicar el Estado vencedor contra un Estado vencido y que, según una opinión, toda medida que alcanzara un alto grado de intensidad debía ir precedida de una decisión colectiva genuinamente representativa del interés común de los Estados actuantes, mientras que debían condenarse las iniciativas unilaterales o de pequeños grupos. Esas medidas comprendían, a juicio de varios oradores, el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal de las personas individuales que hubieran actuado en puestos clave de la estructura del Estado culpable.

339. El Relator Especial recordó que algunos miembros consideraban inadmisibles las violaciones de normas de jus cogens como reacción a un crimen (por ejemplo, las violaciones de la prohibición del uso de la fuerza) y que, si bien, a juicio de algunos, las medidas que se adoptaran contra un Estado autor de un crimen podían ir más allá de la simple búsqueda de reparación, siempre debía quedar a salvo la norma de la proporcionalidad. Algunos oradores habían insistido además en la necesidad de condenar, incluso en el caso de los crímenes, cualesquiera medidas que afectaran a la integridad territorial del Estado o a la identidad de la población.

340. En cuanto a la preocupación por la población del Estado culpable, el Relator Especial advirtió que, aunque debían evitarse cuidadosamente cualesquiera efectos particularmente duros sobre las poblaciones, algunos oradores consideraban justificado que se tratara de hacer ver a los pueblos los peligros que para ellos podía representar la adopción de actitudes que equivalieran a una "complicidad" más o menos patente en los actos criminales de un gobierno democrático o no democrático, o de un déspota.

341. De todo lo expuesto deducía el Relator Especial que, aparte de los pocos oradores que discutían por cuestión de principio la oportunidad legal o política de la distinción entre delitos y crímenes, sólo uno había negado expresamente la existencia de toda diferencia en cuanto a las consecuencias de los unos y de los otros. Hizo notar asimismo la existencia de cierto grado de consenso en cuanto a la obligación general - condicionada, sin embargo, a un pronunciamiento de la llamada comunidad internacional organizada - de no reconocer como legalmente válida ninguna situación como resultado de la cual el Estado culpable hubiera obtenido una ventaja basada en el crimen, y que algunos reconocían también la existencia de una obligación general de no ayudar de manera alguna a dicho Estado a mantener la situación favorable creada en su beneficio por el crimen.

342. Se había hablado asimismo de un deber general de "solidaridad activa" para con el Estado o los Estados víctimas, acompañado de la obligación de cumplir de buena fe las medidas decididas por la comunidad internacional o por los propios Estados "de concierto", en respuesta a un crimen internacional de Estado.

343. El Relator Especial concluyó diciendo que, aunque no se hubiera llegado a soluciones definitivas y concretas, el debate había proporcionado indicaciones suficientes para que él preparara, con la anticipación debida para el próximo período de sesiones, propuestas sobre las consecuencias de los crímenes, en forma de artículos o párrafos de las partes segunda y tercera, que una vez examinados, podrían remitirse al Comité de Redacción de 1995. Finalmente, manifestó su confianza de que, juntamente con la terminación del trabajo ya en curso sobre las partes segunda y tercera, esto permitiría a la Comisión terminar a tiempo su primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

e) Opiniones expresadas después de formular el Relator Especial sus conclusiones sobre el debate

344. Algunos miembros expresaron la opinión de que, en vista de la apreciación hecha por el Relator Especial en su resumen (véase el párrafo 326), era necesario subrayar que existía una corriente de opinión considerable que tenía reservas a la redacción del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos. Si se quería realizar esfuerzos constructivos en la segunda parte, parecía aconsejable avanzar sobre la base de una distinción, no necesariamente entre crímenes y delitos sino entre actos internacionalmente ilícitos más graves y menos graves. Esos miembros expresaron también sus reservas sobre las conclusiones del párrafo 231.

345. Otros miembros expresaron la opinión opuesta, señalando que, a pesar del debate a que habían dado lugar el artículo 19 y la distinción entre crímenes y delitos, ese artículo y esa distinción ofrecían una base para la continuación de la labor del Relator Especial y la elaboración de proyectos de artículos para su presentación a la Comisión.

346. La Comisión llegó a la conclusión que se indica en el párrafo 231.

2. Disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados

347. Como se indica en el párrafo 228, en su último período de sesiones la Comisión recibió del Comité de Redacción cuatro artículos - a saber, los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) - sobre las consecuencias instrumentales de los actos internacionalmente ilícitos, artículos que presentara el Presidente del Comité de Redacción en la 2318ª sesión de la Comisión, pero sobre los que no se tomó ninguna decisión en espera de que se recibieran los correspondientes comentarios.

348. En el actual período de sesiones el Relator Especial apuntó, en el capítulo II de su sexto informe, que tal vez sería útil examinar de nuevo algunas de las cuestiones que planteaba la formulación de los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción en el anterior período de sesiones. Propuso, además, un nuevo enunciado para esos dos artículos (véase el documento A/CN.4/461 y Add.2 y Add.2/Corr.1).

349. La Comisión examinó el capítulo II del sexto informe del Relator Especial en su 2353ª sesión.

350. En la misma sesión la Comisión remitió al Comité de Redacción los nuevos enunciados propuestos para los artículos 11 y 12, en el capítulo II del sexto informe del Relator Especial[361], con instrucciones de estudiar la posibilidad de modificar, a la luz de esas propuestas, los artículos 11 y 12 aprobados por la Comisión en el anterior período de sesiones, quedando entendido que, si ello resultase imposible, se volvería a trabajar con los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción, sobre los que se basaría la decisión de la Comisión.

351. En la 2366ª sesión de la Comisión el Presidente del Comité de Redacción presentó una versión revisada del artículo 11 e informó a la Comisión de que el Comité de Redacción no había podido modificar la redacción del artículo 12 aprobada en el anterior período de sesiones.

---

[361]El Relator Especial, después de que se transmitieran sus nuevas propuestas de texto al Comité de Redacción, presentó una versión revisada del enunciado que había sugerido para el artículo 12 (véase el documento A/CN.4/L.461/Add.3).

352. En la misma sesión la Comisión, después de examinar las recomendaciones del Comité de Redacción, aprobó provisionalmente los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)[362], con miras a su inclusión en la

---

[362]Los artículos decían lo siguiente:

"Artículo 11

Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado podrá, mientras el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito no cumpla las obligaciones que le imponen los artículos 6 y 10 bis y sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos 12, 13 y 14, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado, si ello fuera necesario, a la luz de la respuesta a sus demandas por el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, para inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 y 10 bis.

2. Cuando una contramedida contra un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el párrafo 1.

...

Artículo 13

Proporcionalidad

Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a la de los efectos de éste sobre el Estado lesionado.

Artículo 14

Contramedidas prohibidas

El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

a) A la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas;

b) A medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya sometido un hecho internacionalmente ilícito;

c) A cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;

d) A cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales; o

e) A cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general."

parte II del proyecto de artículos, y aplazó su decisión sobre el artículo 12. Se reconoció que tal vez sería necesario revisar el artículo 11 a la luz del texto que finalmente se aprobase para el artículo 12.

353. En espera de la aprobación del artículo 12 y de la presentación de los comentarios pertinentes, la Comisión decidió no someter oficialmente a la Asamblea General artículos sobre las contramedidas; confía en presentarle un conjunto completo de artículos sobre esta cuestión el próximo año.

Capítulo V

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

354. La Comisión, en su 30º período de sesiones (1978), incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[363].

355. La Comisión recibió y examinó, entre su 32º período de sesiones, en 1980, y su 36º período de sesiones, en 1984, cinco informes del Relator Especial[364]. 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 34º período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36º período de sesiones, en 1984. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

356. La Comisión, en su 36º período de sesiones (1984), dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 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 de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos[365], 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"[366].

357. La Comisión, en su 37º período de sesiones (1985), nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37º período de sesiones (1985) y su 44º período de sesiones (1992), ocho informes del Relator Especial[367]. En su 40º período de sesiones (1988), la Comisión remitió

---

[363]En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema y presentara un informe al respecto. Véase el informe del Grupo de Trabajo en Anuario ... 1978, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

[364]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 y Anuario ... 1984, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

[365]Anuario ... 1984, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

[366]Anuario ... 1985, vol. II (primera parte), Adición, documento A/CN.4/384.

[367]Los ocho informes del Relator Especial se han publicado 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, Anuario ... 1987,

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)[368]. En su 41º período de sesiones (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[369].

358. En su 44º período de sesiones (1992), la Comisión creó un Grupo de Trabajo, para que examinara algunas de las cuestiones generales relativas al alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[370]. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó en su 2282ª sesión, el 8 de julio de 1992, las siguientes decisiones:

"a) Alcance del tema

i) La Comisión tomó nota de que, en los últimos años de sus trabajos sobre este tema, había delimitado el ámbito general y los límites del tema pero todavía no había tomado una decisión definitiva en cuanto a su alcance concreto. En opinión de la Comisión, en este momento esa decisión podría ser prematura. Sin embargo, la Comisión convino en que, para facilitar los trabajos sobre el tema, sería prudente abordar su examen dentro de ese amplio ámbito por etapas y establecer prioridades para las cuestiones que se habían de estudiar.

ii) Dentro de los supuestos formulados en el precedente párrafo i), la Comisión decidió que se entendiera que el tema comprendía las cuestiones de la prevención y de las medidas de reparación. Sin embargo, la prevención debía estudiarse en primer lugar; sólo después de haber completado su trabajo sobre la primera parte del tema procedería la Comisión a ocuparse de la cuestión de las medidas de reparación. Estas medidas podían incluir en este contexto las encaminadas a aminorar el daño, rehabilitar la cosa dañada e indemnizar el daño causado.

---

vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405, como documento A/CN.4/413, Anuario ... 1989, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423; documento A/CN.4/428 y Corr.1, Corr.2 (en inglés solamente), Corr.3 (en español solamente), Corr.4 y Add.1; documento A/CN.4/437 y Corr.1 y documento A/CN.4/443 y Corr.1 y Corr.2 (en español solamente).

[368]El texto de esos artículos figura en Anuario ... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 11.

[369]Véase Anuario ... 1989, vol. II (segunda parte), párr. 311. Posteriormente, el Relator Especial propuso en su sexto informe nuevos cambios en esos artículos; véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10, (A/45/10), párr. 471.

[370]Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10, págs. 135 a 137.

iii) En la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo y la Comisión no debía tratar en la presente etapa de otras actividades que de hecho causaran daño. Habida cuenta de la recomendación contenida en el precedente párrafo 345, los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearan un riesgo de causar daño transfronterizo y después las medidas de reparación cuando esas actividades hubieran causado un daño transfronterizo. Una vez que la Comisión hubiera terminado el examen de los artículos propuestos sobre estos dos aspectos de las actividades que presentaran un riesgo de causar un daño transfronterizo decidiría sobre la siguiente etapa de los trabajos.

b) Planteamiento que ha de adoptarse con respecto a la naturaleza de los artículos o del instrumento que se elabore

iv) En opinión de la Comisión, sería prematuro decidir en la presente etapa sobre la naturaleza de los artículos que se habían de redactar o la forma del instrumento que surgiría de su labor sobre el tema. Sería prudente aplazar esa decisión, de conformidad con la práctica usual de la Comisión, hasta la terminación de los trabajos sobre el tema. La Comisión examinaría y adoptaría los artículos propuestos para este tema, de conformidad con su práctica usual, sobre la base de la validez de los artículos, su claridad y utilidad para las necesidades contemporáneas y futuras de la comunidad internacional y su posible contribución al fomento del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en esta esfera.

c) Título del tema

v) Dada la ambigüedad del título del tema en lo que respecta a si comprendía "actividades" o "actos", la Comisión decidió mantener su hipótesis de trabajo de que el tema versaba sobre "actividades" y aplazar el cambio oficial del título, pues quizás sería necesario introducir en él otros cambios habida cuenta de los ulteriores trabajos sobre el tema. Por consiguiente, La Comisión esperará hasta que esté en condiciones de hacer una recomendación definitiva sobre los cambios que haya que introducir en el título.

d) Recomendación relativa al siguiente informe del Relator Especial

vi) La Comisión tomó nota con gratitud y reconocimiento de los informes anteriores del Relator Especial en los que las cuestiones de la prevención se examinaban en lo concerniente tanto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo como a las que causaban ese daño. Pidió que el Relator Especial examinara de nuevo en el siguiente informe que presentase a la Comisión las cuestiones de la prevención sólo respecto de las actividades que presentaran un riesgo de causar daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de artículos sobre esa cuestión."[371]

359. En su 45º período de sesiones (1993), la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/450), dedicado a la cuestión de la prevención, y remitió el proyecto de artículo 10 (No discriminación), que la Comisión había

[371] Ibíd.

examinado en su 42º período de sesiones (1990), así como los artículos 11 a 20 bis, al Comité de Redacción. El Comité de Redacción aprobó provisionalmente los artículos 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos), 2 (Términos empleados), 11 (Autorización previa), 12 (Determinación del riesgo) y 14 (Medidas para aminorar el riesgo)[372]. Sin embargo, la Comisión no adoptó medidas sobre esos artículos[373].

B. Examen del tema en el presente período de sesiones

1. Proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45º y 46º de la Comisión

360. En las sesiones 2362ª a 2366ª, celebradas entre el 8 y el 13 de julio de 1994, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente el artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos), los párrafos a), b) y c) del artículo 2 (Términos empleados), el artículo 11 (Autorización previa), el artículo 12 (Determinación del riesgo), el artículo 13 (Actividades no autorizadas), el artículo 14 (Medidas para prevenir o aminorar el riesgo), el artículo 14 bis [20 bis] (No transferencia del riesgo), el artículo 15 (Notificación e información), el artículo 16 (Intercambio de información), el artículo 16 bis (Información al público), el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), el artículo 18 (Consultas sobre medidas preventivas), el artículo 19 (Derechos del Estado que puede verse afectado) y el artículo 20 (Factores de equilibrio de intereses), que le remitió el Comité de Redacción en el 45º período de sesiones (1993), y en el actual período de sesiones[374]. El texto de estos artículos y los comentarios correspondientes se reproducen en la sección C.2 infra.

361. Durante la aprobación de estos artículos, se planteó la cuestión de que los artículos no trataban directamente la situación especial de los países en desarrollo. Se señaló que la Comisión se proponía abordar esta cuestión en una disposición que podría colocarse en el capítulo relativo a las disposiciones generales y que sería aplicable a todos los artículos sobre este tema. Se señaló además que la Comisión no había aún decidido si debería preverse alguna función para las organizaciones internacionales. Si la Comisión decide ulteriormente solicitar la asistencia de las organizaciones internacionales en cuestiones tales como la evaluación del impacto ambiental de una actividad o la notificación, etc. se reexaminarán los artículos correspondientes.

---

[372]Documento A/CN.4/L.487 y Corr.1 (español y francés únicamente).

[373]Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), pág. 46, párr. 106.

[374]Los proyectos de artículo 1, 2, 11, 12 y 14 fueron aprobados por el Comité de Redacción en el 45º período de sesiones, en 1993.

2. El décimo informe del Relator Especial presentado en el actual período de sesiones

362. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/459) que fue presentado en la 2351ª sesión de la Comisión, celebrada el 10 de junio de 1994. La Comisión decidió examinar el informe en el próximo período de sesiones.

363. El décimo informe trataba tres cuestiones: la prevención ex-post, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil. En los párrafos 5 a 20 infra figura un resumen del décimo informe, como fue presentado por el Relator Especial.

a) La prevención ex-post

364. El Relator Especial recordó el debate sostenido en la Comisión en su último período de sesiones, en el que bastantes miembros expresaron la opinión de que la prevención ex-post, es decir las medidas adoptadas después de producido un incidente para reducir o controlar sus efectos, no deberían considerarse medidas preventivas, sino que deberían tratarse en el contexto de las medidas de reparación. El Relator Especial consideró esa opinión incompatible con el planteamiento adoptado en la conceptualización del tema y con los instrumentos jurídicos vigentes que regulan cuestiones similares. Explicó que el planteamiento del tema seguía la secuencia de los hechos, a saber: el incidente podía generar una cadena de causas y efectos que al final podían producir un daño transfronterizo. Por consiguiente, toda medida encaminada a prevenir o interrumpir esa cadena de causas y efectos que prevendría o reduciría el efecto perjudicial transfronterizo tenía de por sí carácter preventivo. Por tanto, era claro que el concepto de prevención era aplicable tanto a las medidas adoptadas para prevenir incidentes que pudieran conducir a un daño transfronterizo como a las medidas adoptadas para impedir que los efectos del incidente alcanzaran todo su potencial. Señaló que esta conceptualización la apoyaban también los instrumentos jurídicos vigentes que regulan las cuestiones de la prevención del daño transfronterizo y la responsabilidad por el mismo. Hizo referencia a varios instrumentos jurídicos que regulan la prevención del daño transfronterizo o que establecen regímenes de responsabilidad civil en los que las mencionadas medidas se califican de preventivas[375]. El Relator Especial explicó que si la

---

[375]Véase la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 21 de junio de 1993; el párrafo 9 del artículo 2 de esta Convención dice que "medidas preventivas" significan cualesquiera medidas adoptadas por cualquier persona después de ocurrido un incidente para prevenir o minimizar las pérdidas o el daño a que se refiere ..."; la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, la cual en el párrafo 1 del artículo 2 habla de la obligación de las partes de tomar las medidas... para "prevenir, reducir o controlar" los impactos ambientales de las actividades propuestas que sean adversos y significativos"; la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 17 de marzo de 1992, la cual dice en el párrafo 1 del artículo 3 que las partes adoptarán las medidas apropiadas para "proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales preveniéndolos en lo posible al reducir su frecuencia y severidad y al mitigar sus efectos. Para este fin se aplicarán medidas preventivas de preparación y de respuesta, incluyendo las de restauración"; la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación Resultante de la Exploración y Explotación de Recursos Minerales en los

Comisión seguía deseando que la noción de medidas preventivas comprendiera sólo las adoptadas antes de que se produzca un incidente, debería usarse otro término como, por ejemplo, medidas de respuesta para las medidas de prevención ex-post, ya que esas medidas tanto en la teoría como en los hechos no pueden tratarse dentro del ámbito de la reparación.

365. En lo que respecta a quién debería adoptar las medidas de respuesta, el Relator Especial consideró que dependía de las circunstancias. En algunas situaciones esas medidas deberían ser adoptadas por el Estado cuando fuera necesario utilizar grandes dispositivos del Estado, tales como la guardia nacional, los bomberos, etc., en situaciones de emergencia, pero en otras circunstancias por los propios particulares. A la luz de lo anterior, el Relator Especial propuso incluir dos nuevos párrafos en el artículo 2 "Términos empleados" para definir los términos "Medidas de respuesta" y "Daño"[376].

Fondos Marinos, la cual en el párrafo 1 del artículo 6 define la contaminación como "cualquier daño fuera de la instalación causado por contaminación resultante del escape o descarga de petróleo de la instalación e incluye "el costo de las medidas preventivas". El párrafo 7 de la misma Convención define las medidas preventivas como "cualesquiera medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente determinado para prevenir o minimizar el daño por contaminación"; la Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (Convención sobre la Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril o Embarcaciones de Navegación Interior) la cual utiliza una fórmula similar en los párrafos 10 y 11 del artículo 1, ya que incluye en el concepto de daño el costo de las medidas preventivas; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, al referirse al concepto de prevención en la parte XII emplea también términos como "prevenir, reducir y controlar" el daño. (Se ha añadido el subrayado.)

[376]El nuevo párrafo dice lo siguiente:

"Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

e) Se entiende por "medidas de respuesta" aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo.

x) El daño a que se refiere el inciso y) incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado así como los daños que tales medidas hubieran podido ocasionar."

Las letras "x" e "y" representan los eventuales números de los respectivos incisos una vez hecho el ordenamiento final del artículo 2 (A/CN.4/459, pág. 8, párr. 22).

b) La responsabilidad

366. El Relator Especial señaló que todo su noveno informe y parte del décimo trataban de la cuestión de la prevención, tanto en el aspecto de la prevención ex ante como de la prevención ex post. Siguiendo la recomendación de la Comisión, en la parte restante del décimo informe, abordaba el examen de la cuestión de la responsabilidad. Refiriéndose al significado amplio de del concepto de responsabilidad, señaló que, en la fase actual, no deseaba examinar el contenido de las medidas de reparación, que podían ser diferentes de la indemnización en dinero. En esta fase, se ocupaba sólo de la atribución de la responsabilidad y de algunos aspectos relacionados con esa atribución.

i) Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil

367. El informe examinaba cuatro maneras posibles de concebir un régimen de responsabilidad del Estado y de responsabilidad civil. Primera, dejar al Estado totalmente fuera del régimen de responsabilidad y prever solamente la responsabilidad civil del explotador. En los regímenes de este tipo no se impone ningún deber ni obligación a los Estados. Un ejemplo destacado de este tipo de régimen, señaló el Relator, era el de la Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas, elaborada por el Consejo de Europa, en la que no se establecen para los Estados obligaciones de prevención o de otro tipo. Segunda, hacer que el Estado cargue con la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hecho ilícito. En este supuesto, el Estado se convierte en el único actor relevante en todo el régimen. Un ejemplo de este tipo de régimen es la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, en la que el Estado tiene responsabilidad absoluta si el daño se causa en la superficie de la Tierra o en una aeronave en vuelo, pero responde también de los daños causados por su culpa a un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento. Tercera, el explotador tiene responsabilidad objetiva por el daño causado, pero el Estado carga también con la responsabilidad objetiva aunque sólo en la medida en que la parte de indemnización no sea satisfecha por el explotador privado. En este régimen, la responsabilidad del Estado es subsidiaria a la del explotador. Ejemplos destacados de este tipo de régimen son, a juicio del Relator, las convenciones sobre la responsabilidad civil por accidentes nucleares. Cuarta, el explotador carga con la responsabilidad objetiva por el daño causado y el Estado tiene la responsabilidad subsidiaria con respecto a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador, siempre que el Estado haya incumplido las obligaciones que le impone el régimen y que ese incumplimiento pueda relacionarse con el daño causado. El proyecto de protocolo a la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y de su Eliminación es un ejemplo de este tipo de régimen. Según este proyecto de protocolo, el explotador privado tiene la responsabilidad objetiva por los daños, y el Estado tiene responsabilidad subsidiaria por la parte del daño no satisfecha por el explotador privado. Ahora bien, en este régimen la responsabilidad del Estado se sujeta a la prueba de que el Estado haya incumplido una de las obligaciones que le impone el proyecto de protocolo y que, de no haber sido por esta omisión, el daño no se habría producido[377].

[377]Véanse los párrafos 5 y 7 del proyecto de protocolo, documento UNEP/CHW.1/WG.1/1/3.

368. A juicio del Relator Especial, el primero y el segundo de los regímenes mencionados eran inadecuados para este tema. El primer régimen no era pertinente y el segundo régimen, que considera al Estado plenamente responsable, solamente estaba justificado en una convención relativa a los objetos espaciales, porque los negociadores de esa convención consideraban que las actividades espaciales estaban reservadas a los Estados. El tercer régimen parecía apropiado para alguna de las actividades incluidas en este tema, en los casos en que un daño desastroso pueda incapacitar al explotador privado para pagar la indemnización plena y, por consiguiente, la responsabilidad subsidiaria del Estado garantizaría la indemnización de las víctimas inocentes. Señaló que este régimen podría modificarse para atenuar la responsabilidad subsidiaria del Estado creando, por ejemplo, un consorcio de todos los Estados Partes en la Convención o de explotadores privados de los Estados Partes para que asumieran la responsabilidad subsidiaria. En lo que respecta al cuarto régimen, el Relator Especial expresó la inquietud de que no sería razonable exigir de las víctimas, que frecuentemente son particulares, que demuestren que un Estado ha violado las obligaciones que le impone la Convención, ya que esa tarea habitualmente requiere el acceso a información y a tipos de prueba que no estén fácilmente a la disposición de particulares.

369. El Relator Especial sentó dos variantes para el régimen de la responsabilidad del Estado en este tema. Según una variante, aunque el Relator no la consideraba totalmente adecuada, el Estado tendría la responsabilidad subsidiaria con dos condiciones: que el daño causado por el explotador se debiera al incumplimiento por el Estado de las obligaciones que le impone la Convención; y que la responsabilidad del Estado no se limitara a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador[378]. La otra variante establecería la responsabilidad civil del explotador sin que el Estado tuviera la obligación de indemnizar por el daño transfronterizo causado por una actividad. Sin embargo, el Estado quedaría obligado sólo por la omisión de

---

[378]El Relator Especial presentó dos variantes para esta situación. Los textos alternativos dicen lo siguiente:

"La responsabilidad del Estado

Artículo 21

Alternativa A:

Responsabilidad subsidiaria por incumplimiento del Estado

El daño que no hubiera ocurrido si el Estado de origen hubiera cumplido con sus obligaciones de prevención respecto a las actividades del artículo 1 comprometerá la responsabilidad del Estado de origen. Esa responsabilidad se limitará a la parte de la indemnización que no alcanzare a ser satisfecha por aplicación de las provisiones sobre responsabilidad civil establecidas en estos artículos.

Alternativa B:

El Estado de origen no será responsable en ningún caso por las indemnizaciones correspondientes a daños causados por incidentes derivados de las actividades del artículo 1."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 14, párr. 13.

adoptar medidas preventivas, y las consecuencias de esa omisión ya se establecen en la parte segunda de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, a saber: la cesación del acto ilícito, la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición[379]. Por ejemplo, si el Estado de origen permite que una actividad de las comprendidas en el artículo 1 se lleve a cabo sin autorización previa, notificación, etc., no cumpliría con su obligación de ejercer la debida diligencia. Si en este caso se produce un daño transfronterizo, el explotador tendrá responsabilidad objetiva, pero el Estado responderá sólo de las demás consecuencias del incumplimiento de su obligación de ejercer la debida diligencia, es decir, será responsable de su acto ilícito.

ii) La responsabilidad civil

370. El Relator Especial señaló que, en general, las convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por actividades peligrosas han impuesto la responsabilidad objetiva, basándose fundamentalmente en que las víctimas deben ser indemnizadas rápidamente. El informe enumera las características comunes de los regímenes de responsabilidad civil existentes: i) se individualiza claramente al explotador que carga con la responsabilidad y, si hay más de un explotador, su responsabilidad es solidaria y mancomunada; ii) invariablemente al explotador se le obliga a tomar un seguro o a prestar algún tipo de garantía financiera; iii) cuando es posible, se establecen fondos de indemnización; iv) para mejor funcionamiento del sistema, se aplica el principio de no discriminación, es decir, el Estado de origen concede a los no nacionales en sus tribunales nacionales la misma protección que concede a sus nacionales; v) en todas las cuestiones no reguladas directamente por la Convención, es aplicable el derecho del tribunal competente, siempre que ese derecho esté en consonancia con las disposiciones de la Convención; vi) las sentencias ejecutorias en una jurisdicción son también ejecutorias en todas las demás jurisdicciones de las partes en la Convención, salvo que se disponga otra cosa; y vii) las indemnizaciones se conceden en la manera preferida por el titular de la indemnización.

a. La responsabilidad del explotador

371. Una de las características importantes de los regímenes de responsabilidad civil, señaló el Relator Especial, es la clara identificación de la parte responsable del daño causado. Esta claridad tiene la ventaja no sólo de avisar a las partes potencialmente responsables para que hagan todo lo posible para evitar causar daño, sino que también facilita la indemnización de la parte perjudicada en caso de daño. El Relator Especial declaró que un examen de los

---

[379] El artículo adicional dice lo siguiente:

"Artículo A

Responsabilidad internacional del Estado

El incumplimiento por el Estado de origen de las obligaciones de prevención establecidas en esos artículos tendrá las consecuencias que el derecho internacional dispone para la violación de las obligaciones internacionales."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 17, párr. 41.

regímenes de responsabilidad civil mostraba que, en general, la responsabilidad se canalizaba por conducto del explotador, basándose en que el explotador: a) es el que controla la actividad; b) es el que está en mejores condiciones para evitar causar un daño; y c) es el principal beneficiario de la explotación y, por tanto, debe asumir el costo que la explotación suponga para otros. Inspirándose en la Convención sobre la responsabilidad civil de actividades peligrosas para el medio ambiente, que quizá sea la más relevante para este tema dado su carácter general, el Relator Especial propuso disposiciones para definir al explotador y su responsabilidad. El explotador es la personas que ejerce el "control" sobre la actividad. El explotador es responsable del daño transfronterizo significativo que causare su actividad durante el período en que ejerciere su control sobre la actividad. Si hay más de un explotador, la responsabilidad es solidaria, a: a menos que el explotador probare que él ha sido responsable sólo de parte de daño, en cuyo caso responderá sólo de esa parte[379a].

[379a] Los textos propuestos por el Relator Especial dicen lo siguiente:

"Artículo 2

...

Se entiende por "explotador" la persona que ejerce el control de una actividad del artículo 1.

...

Artículo A

Responsabilidad del explotador

El explotador de una actividad del artículo 1 será responsable por todo daño transfronterizo significativo que causare dicha actividad durante los períodos en que ejerciere su control sobre la actividad:

a) En caso de hechos continuados, o de una serie de hechos del mismo origen, los explotadores responsables según el párrafo anterior tendrán responsabilidad solidaria;

b) Si el explotador probare que durante el período del hecho continuado por el que es responsable no se ha producido sino una parte del daño, responderá por esa parte;

c) Si probare que el hecho de la serie del mismo origen por el que fuera responsable sólo ha causado una parte del daño, responderá por esa parte.

Artículo B

Repetición contra terceros

Ninguna disposición de los presentes artículos se opondrá al derecho de recurso que la ley del tribunal competente otorgue al explotador contra cualquier tercero."

Ibíd., pág. 22, párrs. 56 y 57.

b. La obligación de tomar seguro

372. Inspirándose en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil, el Relator Especial propuso disposiciones que requieren la garantía financiera del explotador que realice actividades incluidas en este tema[380]. Estas disposiciones dejarán a los Estados de origen determinar, mediante su derecho interno, el alcance y el objeto de las garantías financieras que deban concertarse. Algunos Estados pueden establecer la obligación de tomar seguro, en tanto que otros pueden establecer otros esquemas financieros en los que participarán los explotadores. La cuantía de las garantías la determinará el Estado de origen en función del riesgo que pueda entrañar una actividad. Cuando haya garantes financieros, las acciones de indemnización podrán ejercerse directamente contra ellos.

c. Tribunal competente

373. El Relator Especial señaló que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil se ha establecido la competencia de diversas jurisdicciones para conocer de las reclamaciones. Entre los órganos con jurisdicción figuran los siguientes: a) los tribunales del lugar en que se produzca el daño; b) los tribunales del lugar donde reside el explotador; c) los tribunales del lugar donde reside el perjudicado; o d) los tribunales del lugar en que deberían haberse adoptado las medidas preventivas. Cada una de estas jurisdicciones tiene ventajas a efectos de la reunión de las pruebas o de la

---

[380] Los textos propuestos por el Relator Especial dicen lo siguiente:

"Artículo C

Las seguridades financieras o el seguro

Para cubrir la responsabilidad establecida por estos artículos, los Estados de origen impondrán, cuando sea apropiado, a los explotadores que conduzcan una actividad peligrosa en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, su participación en un régimen de seguridad financiera o bien que mantengan otra garantía financiera entre ciertos límites que determinarán las autoridades de esos Estados conforme a la evolución del riesgo de la actividad en cuestión y a las condiciones que fije su derecho interno.

Artículo D

Acción directa contra asegurador o garante financiero

Cualquier acción de indemnización podrá ser dirigida directamente contra el asegurador u otra persona que hubiere otorgado las garantías financieras del artículo anterior."

Ibíd., pág. 24, párr. 61.

conveniencia del actor o del demandado. En consecuencia, el texto que ha propuesto prevé sólo las tres primeras jurisdicciones[381].

d. La aplicación de la ley nacional sin discriminación

374. El Relator Especial señaló que, para que los regímenes de responsabilidad civil sean eficaces, las jurisdicciones competentes deben conceder igualdad de trato ante la ley a los nacionales y a los no nacionales, así como a los residentes y a los no residentes. Por tanto, los Estados Partes tal vez tengan que eliminar los obstáculos que puedan conducir a esa discriminación. A su juicio, una disposición de esta naturaleza es necesaria también para estos artículos. Declaró que el principio establecido por el artículo 10 relativo a la no discriminación tal vez lo considere la Comisión suficiente para cumplir esta condición. De lo contrario, en esta parte del proyecto de artículos podría incluirse un artículo específico con un texto similar[382].

---

[381]El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"El tribunal competente

Las acciones por indemnización de daños que correspondan a la responsabilidad civil del explotador sólo podrán interponerse en los tribunales competentes de un Estado miembro, ya sea del afectado, o del Estado de origen, o del Estado donde el explotador responsable tiene su domicilio, o su residencia, o el asiento principal de sus negocios."

[382]El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"Artículo E

Recursos internos

Las Partes proveerán en su derecho interno los recursos judiciales que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por las actividades del artículo 1.

Artículo F

Aplicación de la ley nacional

Los tribunales competentes aplicarán su ley nacional a todas las materias, tanto de fondo como de procedimiento, que no hayan sido específicamente tratadas en estos artículos."

Ibíd., pág. 26, párr. 67.

e. La causalidad

375. Siguiendo a la Convención sobre la responsabilidad civil de actividades peligrosas para el medio ambiente, el informe propuso que un tribunal, al examinar las pruebas relativas al nexo causal entre las actividades y las consecuencias, debe tener debidamente en cuenta el aumento del riesgo de daño que entraña una actividad específica. Sin embargo, el artículo propuesto en el informe no establece la presunción de causalidad entre el incidente y el daño[383].

f. Ejecutoriedad de la sentencia

376. Uno de los elementos esenciales de todo régimen eficaz de responsabilidad civil es la posibilidad de que la sentencia dictada en una jurisdicción sea ejecutoria en otra. De lo contrario, el esfuerzo de la parte que solicite la reparación ante los tribunales nacionales puede ser inútil. Esta es la razón de que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil exista una disposición sobre la ejecutoriedad de las sentencias. No obstante, se prevén algunas excepciones. Entre ellas figuran, por ejemplo, el fraude, la violación de la equidad procesal, en particular cuando la parte contra la que se dicta la sentencia no haya sido notificada con antelación suficiente para preparar la defensa y la sentencia dictada contra la política pública del Estado en el que se pretende la ejecución de la sentencia. Estas disposiciones requieren que la parte que pide la ejecución de la sentencia cumpla las normas procesales del

---

[383]El texto del artículo propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"Artículo H

Al apreciar la prueba de la causalidad entre el incidente y el daño, el tribunal tendrá debidamente en cuenta el riesgo acrecido de provocar el perjuicio que es inherente a la actividad peligrosa."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 28, párr. 70.

Estado de que se trate para obtener esa ejecución. Partiendo de lo anterior, el Relator Especial propuso una disposición sobre la ejecutoriedad de la sentencia[384].

g. Exenciones de la responsabilidad

377. El fundamento de las exenciones de responsabilidad en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil depende de su objeto y del grado de riesgo que la actividad entraña para otros y para el medio ambiente. Como fundamento de las exenciones de responsabilidad se indican los siguientes: el conflicto armado, los fenómenos naturales imprevisibles de carácter excepcional e irresistible; el resultado de un hecho ilícito e intencional de un tercero; y la negligencia grave de la parte perjudicada. A juicio del Relator Especial, estos fundamentos son igualmente razonables como exenciones de responsabilidad en lo que respecta a los tipos de actividades incluidas en este tema y por lo tanto

[384]El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo I

Ejecutoriedad de la sentencia

1. Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que:

a) La sentencia hubiere sido obtenida mediante fraude;

b) No se hubiere notificado la demanda con antelación razonable para que el demandado pudiera presentar su caso en condiciones debidas;

c) La sentencia fuere contraria al orden público del Estado en que se gestiones su reconocimiento, o no se ajustase a las normas fundamentales de la justicia;

d) La sentencia fuere incompatible con una sentencia anterior dada en el Estado donde se procura el reconocimiento, respecto a una demanda del mismo contenido y entre las mismas partes.

2. Una sentencia reconocida de acuerdo al inciso anterior será ejecutada en cualquier de los Estados miembros desde el momento en que se cumplan las formalidades prescritas por el Estado miembro en que se gestione la ejecución. No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 30, párr. 76.

propuso un artículo sobre exenciones[385]. En lo que respecta a las exenciones de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, concretamente el incumplimiento de las disposiciones preventivas, los fundamentos de la exención son los que figuran en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

h. Régimen de la prescripción

378. En las diferentes convenciones sobre la responsabilidad civil se establecen diversos plazos de prescripción. Estos plazos oscilan entre un año, según la Convención sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, y diez años según la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963. Estos plazos se establecieron teniendo en cuenta diversas consideraciones como, por ejemplo, el plazo dentro del cual el daño puede resultar visible e identificable, el plazo que puede ser razonablemente necesario para determinar un nexo causal entre el daño y una actividad determinada, etc. A juicio del Relator Especial, dado que los tipos de actividades incluidas en este tema son más similares a las incluidas en la Convención sobre Responsabilidad Civil por daño resultante de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, el plazo de prescripción de tres años establecido en esta Convención sería también adecuado para las reclamaciones de indemnización inducidas en este tema. En ningún caso, puede ejercitarse una acción una vez transcurridos 30 años desde la fecha del accidente.

---

[385]El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo J

Exenciones

1. No habrá responsabilidad del explotador:

a) Si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o

b) Si el daño causado fue enteramente por un acto u omisión de un tercero cuya intención hubiere sido causar daño.

2. Si el explotador probare que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión de la persona que sufrió el daño, o por su negligencia, podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona."

Ibíd., pág. 34, párr. 83.

En consecuencia, el Relator propuso un artículo en este sentido[386]. El artículo tendría también en cuenta si la actividad es de carácter continuo o si consiste en una serie de actividades. A su juicio, el plazo de prescripción de tres años debería aplicarse tanto a la responsabilidad del Estado como a la responsabilidad del explotador.

c) Las vías de procedimiento

379. El tipo de controversias que pueden surgir respecto de las actividades comprendidas en estos artículos en la mayoría de los casos enfrentarán a un particular con un Estado. Por ejemplo, si el régimen de responsabilidad prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado, el Estado tal vez tenga que comparecer ante el tribunal de otro Estado para defenderse. El informe examinó diversas posibilidades, pero consideró que la propuesta más apropiada era la hecha por los Países Bajos en el Comité Permanente del Organismo Internacional de Energía Atómica en el sentido de crear un foro único, como una comisión de reclamaciones mixtas, en la que pudieran conocerse y resolverse todos los tipos de reclamaciones que conciernan a Estados y particulares.

C. Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional

1. Texto del proyecto de artículos provisionalmente aprobado por la Comisión hasta la fecha en primera lectura

380. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos provisionalmente aprobado por la Comisión.

---

[386] El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo K

Plazos

Las acciones por responsabilidad de estos artículos prescribirán luego de un período de tres años a partir de la fecha en que el actor tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del explotador o del Estado de origen en caso de responsabilidad del Estado. No podrá interponerse acción alguna luego de transcurridos 30 años de la fecha del incidente que causó el daño. Si el incidente consistió en un hecho continuo, los plazos comenzarán a contarse a partir del momento en que comenzó y si consistiera en una serie de ocurrencias del mismo origen, a partir de la última."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 36, párr. 88.

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A. Introducción

223. Con arreglo al plan general del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, plan aprobado por la Comisión en su 27º 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[341].

224. En su 32º período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte del proyecto de artículos relativa al "origen de la responsabilidad internacional"[342].

225. En su 32º período de sesiones, la Comisión también inició el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, sobre "contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional".

226. Desde su 32º período de sesiones, en 1980, hasta su 38º período de sesiones, en 1986, la Comisión recibió siete informes del Relator Especial, Sr. Willem Riphagen[343], relativos a la segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos. A partir de ese momento, la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de "hacer efectiva" ("mise en oeuvre") la responsabilidad internacional.

---

[341] Anuario ..., 1975, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

[342] Anuario ..., 1980, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61, documento A/35/10, cap. III.

[343] 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.

227. La Comisión, desde su 40º período de sesiones, en 1988, hasta su 45º período de sesiones, en 1993, recibió cinco informes[344] del actual Relator Especial[345], Sr. Gaetano Ruiz.

228. Al concluir el 45º período de sesiones, la Comisión había adoptado provisionalmente para incluirlos en la segunda parte los proyectos de artículo 1 a 5[346], y los artículos 6 (Comportamiento ilícito), 6 bis (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 bis (Seguridades y garantías de no repetición[347]. Además, había recibido del Comité de Redacción los proyectos de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) aprobados en primera lectura por el Comité[348]. Por último, había remitido al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 6 de la tercera parte (y un anexo a los mismos) relativos a los procedimientos de arreglos de controversias[349], que aún están pendientes ante el Comité de Redacción, junto con las propuestas del anterior Relator Especial sobre el mismo tema[350].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

229. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453/Add.2 y 3) y su sexto informe (A/CN.4/461 y Add.1 y 2). Los informes trataban, por una parte, de la

---

[344]Los cinco informes del Relator Especial figuran en Anuario ... 1986, vol. II (primera parte), pág. 6, documento A/CN.4/416 y Add.1; Anuario ... 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/425 y Add.1; Anuario ... 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1; documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; y documento A/CN.4/L.453 y Add.1 y Corr.1, 2 y 3 y Add.2 y 3.

[345]El actual Relator Especial fue nombrado en el 39º período de sesiones, en 1987.

[346]El texto de los artículos 1 a 5 (párr. 1), con comentarios, figura en Anuario ... 1985, vol. II (segunda parte) págs. 21 y ss.

[347]El texto del párrafo 2 del artículo 5 y de los artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con comentarios, figuran en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), págs. 140 y ss.

[348]Véase el documento A/CN.4/L.480 y Corr.1 y Add.1. Las disposiciones correspondientes fueron presentadas por el Presidente del Comité de Redacción en la 2318ª sesión de la Comisión, pero la decisión al respecto se aplazó hasta el próximo período de sesiones, siguiendo la política de la Comisión de no adoptar artículos que no vayan acompañados de comentarios.

[349]El texto de los proyectos de artículo 1 a 6 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el actual Relator Especial, figura en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), págs. 111 y ss., notas 74, 75, 76 77, 78 y 79.

[350]El texto de los proyectos de artículo 1 a 5 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el anterior Relator Especial, figuran en Anuario ... 1986, vol. II (segunda parte), pág. 41, nota 86. Estas disposiciones fueron remitidas al Comité de Redacción en el 38º período de sesiones, en 1986.

cuestión de las consecuencias de los actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos y, por otra parte, de un examen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas tal como se precisa en el proyecto de artículos. La presente sección se ha organizado en consecuencia.

1. La cuestión de las consecuencias de actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

230. La Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453/Add.2 y 3), que había sido presentado en el anterior período de sesiones[351] y el capítulo III de su sexto informe (E/CN.4/461/Add.1). La Comisión examinó estos documentos en las sesiones 2339ª a 2343ª y en la sesión 2348ª, celebradas entre el 17 de mayo y el 15 de junio de 1994.

231. Tras terminar el examen de los mencionados documentos, la Comisión oyó las conclusiones del Relator Especial, por las que le dio las gracias[352]. La Comisión tomó nota de su propósito de presentar en el próximo período de sesiones artículos o párrafos sobre la cuestión en examen para incluirlos en las partes segunda y tercera. La Comisión también tomó nota de que el Relator Especial se proponía continuar su labor de manera que la Comisión pudiera concluir la primera lectura del proyecto antes de que terminara el actual mandato de sus miembros.

232. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión sobre la cuestión de las consecuencias de los actos calificados de delitos en el artículo 19 de la primera parte del proyecto se reflejan en los párrafos 233 a 324 infra.

233. Muchos miembros destacaron la complejidad de los problemas planteados, que requerían una reflexión sobre nociones delicadas y cruciales de la comunidad internacional, los sistemas interestatales, la culpa y la responsabilidad penal de los Estados, así como las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas. Se agradeció al Relator Especial su valiosa y erudita contribución al estudio de estos problemas, pese a lo que se calificó de relativa prudencia de sus propuestas. El capítulo III del sexto informe, en el que se presentaban en forma de cuestionario las diferentes cuestiones suscitadas por la distinción entre crímenes y delitos, se consideró que era particularmente útil y que sentaba un precedente que debería repetirse.

a) La distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

i) El concepto de crimen

234. Según un sector de la opinión, la noción de crimen no planteaba dificultades conceptuales y la distinción entre crímenes y delitos reflejaba una diferencia cualitativa entre las infracciones fundamentales del orden público internacional y los delitos ordinarios que no amenazan el principio fundamental en que se basa la sociedad internacional, a saber: la coexistencia de Estados soberanos. Se dijo que esta diferencia era un hecho básico de la vida internacional, ya que con toda evidencia no había ningún denominador común entre la infracción de un acuerdo del transporte aéreo y la agresión, o entre la violación de los derechos humanos de un extranjero por agentes de policía y un acto de genocidio. Se señaló también que la diferencia entre las dos categorías

---

[351]Véase en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10) párrs. 283 a 333.

[352]Véanse los párrafos 326 a 343 infra.

de hechos internacionalmente ilícitos se reconocía en el artículo 19, que fue elaborado con mucho cuidado y adoptado sin oposición por la Comisión en 1976 tras un largo debate y que no convendría cuestionar de nuevo.

235. Otro sector de la opinión ponía en duda que existiera la categoría de crímenes de Estado. Se señaló que la magnitud de muchos hechos internacionalmente ilícitos que podían atribuirse a un Estado variaba según el objeto de la obligación infringida, la importancia que la comunidad internacional concediese a la obligación, la naturaleza bilateral o de otro tipo de la obligación y las circunstancias en que se produjera el quebrantamiento de la obligación, y que cuando el hecho ilícito comportaba una lesión a las personas o daños a los bienes de magnitud suficiente para conmover la conciencia de la humanidad, el uso de la palabra "crimen" era habitual tanto en el lenguaje cotidiano como en contextos políticos y jurídicos. Teniendo en cuenta estas circunstancias, se consideró cuestionable hacer una distinción tajante entre crímenes y delitos. La distinción propuesta entre categorías de hechos internacionalmente ilícitos se consideró también irrelevante, ya que no parecía reflejarse en sus consecuencias respectivas.

236. Algunos miembros señalaron que si bien era posible sostener la existencia de una línea continua dentro de un régimen único de la responsabilidad que se extendiera desde las infracciones leves, en un extremo, hasta las infracciones excepcionalmente graves, en el otro, dentro de una línea caracterizada por una diferencia esencialmente cuantitativa, el debate entre los partidarios de la teoría de la línea continua y los que deseaban que el proyecto incluyese una categoría distinta para las infracciones excepcionalmente graves probablemente sería interminable, ya que las diferencias cuantitativas, pasado cierto umbral, podrían convertirse en cualitativas.

ii) La cuestión del fundamento jurídico y político del concepto de crimen

237. Según un sector de la opinión, el concepto de crimen estaba arraigado en el derecho positivo y en la realidad de la vida internacional. Se consideró que el concepto tenía una fundamentación política evidente, ya que la historia contemporánea estaba llena de ejemplos de crímenes directa o indirectamente imputables al Estado. Además se señaló que era una cuestión de lege lata ya que algunos actos, tales como el genocidio y la agresión, eran considerados por toda la comunidad internacional atentatorios contra sus derechos fundamentales o, como el genocidio o el apartheid, eran calificados de criminales en convenciones internacionales. Se dijo también que, en términos generales, los elementos componentes de un crimen internacional se desprendían de la jurisprudencia, de la práctica de los Estados y de las decisiones de los tribunales internacionales. A este respecto se aludió a la labor de los tribunales de Nuremberg y Tokio y al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction[353]. Con respecto a ese fallo, se señaló la diferencia entre crimen y violación de una obligación erga omnes. Se indicó que la Corte no se limitó a hablar de obligaciones erga omnes, sino que destacó "la importancia de los derechos considerados", indicando que con ello se refería a violaciones particularmente graves (por ejemplo, la agresión, el genocidio, los atentados contra los derechos fundamentales de la persona), y no por "delitos ordinarios" como el atentado contra el derecho de paso en tránsito por un estrecho internacional, que imponía también una obligación erga omnes al

[353]Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, I. C. J. Reports 1970, pág. 32.

Estado ribereño. Algunos miembros, aun opinando que la noción de crimen de Estado no era de lege lata, se declararon dispuestos, no sin formular algunas advertencias, a aceptar que sean calificados de crimen algunos actos que no pueden ser cometidos más que por Estados. A este respecto se señaló la necesidad de cautela, basándose en que si la Comisión se aventuraba en la esfera de la lex ferenda, se abriría una caja de Pandora de opciones que serían difíciles de limitar.

238. Según otro sector de opinión, el concepto de crimen no era de lege lata porque no existía ningún instrumento que obligase a los Estados a admitirlo. Los argumentos a favor del concepto derivados de las disposiciones sobre jus cogens de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se consideraron convincentes por dos razones, primera, porque la inexistencia o nulidad ab initio de un contrato o de un tratado concluido contra bonos mores o contra el jus cogens no entrañaban necesariamente la calificación de criminal de ese acto o instrumento y, en segundo lugar, porque la inclusión de la noción de jus cogens en la Convención de 1969 se había subordinado a la aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia. Se dijo que tampoco eran convincentes los argumentos derivados de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las Reservas a la Convención sobre el Genocidio[354] (que simplemente sugería que algunas disposiciones de la Convención habían pasado a formar parte integrante del derecho internacional) o del asunto Barcelona Traction, teniendo presente que reconocer el concepto de violación erga omnes no equivalía a reconocer la existencia de una nueva categoría, cualitativamente diferente, de actos contra legem ni a un cuestionamiento de la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Se señaló también que no se hablaba de la responsabilidad criminal de los Estados ni en los documentos relativos a la capitulación de Alemania y el Japón ni en los Protocolos de 1977 a los Convenios de Ginebra. Se adujo además, 1) que varios Estados habían rechazado expresamente el concepto de crimen por considerarlo carente de base en la lex lata y que introducir la distinción propuesta tendería a disminuir en vez de aumentar la posibilidad de que el proyecto obtuviera la máxima aceptación posible; y, 2) que la creación de lege ferenda de categorías de violaciones de naturaleza diferente comprometería la eficacia del concepto de violación erga omnes.

iii) El tipo de responsabilidad entrañaba infracciones calificadas de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

239. La cuestión de si un Estado podía incurrir en responsabilidad criminal dio lugar a opiniones diferentes.

240. Según algunos miembros, había que renunciar a criminalizar los Estados, ya que un Estado no podía asimilarse a su gobierno o al puñado de hombres que en un momento dado se encargasen de la dirección de sus asuntos. Según estos miembros, los crímenes los cometían individuos que utilizaban el territorio y los recursos del Estado para cometer delitos internacionales para sus propios fines criminales. A este respecto se recordó el requisito de mens rea, el cual, se dijo, debía distinguirse del procedimiento de atribución de responsabilidad, es decir, la ficción jurídica por la cual, a los efectos de asegurar la indemnización suficiente por el daño causado, no se permite que el superior escape a la responsabilidad de indemnizar; no era posible atribuir la mens rea

[354] Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opinión consultiva, I. C. J. Reports 1951, pág. 23.

de un individuo a otro, y aún menos de un individuo a una entidad jurídica como el Estado. Se mencionó además la máxima "societas delinquere non potest", según la cual un Estado, en particular su población en conjunto, no podían ser sujeto de derecho penal y se opinó que, según los principios del derecho penal, era dudoso que un órgano administrativo, en cuanto persona jurídica, pudiera considerarse tal. A este respecto se señaló que muchas normas de derecho positivo no preveían la culpabilidad de las personas jurídicas ni las sanciones correspondientes. También se hicieron las observaciones siguientes: 1) los requisitos de la máxima nullum crimen nulla pena sine lege, (es decir, la existencia, primero, de normas definidas y de criterios objetivos para determinar si un delito constituye crimen y, segundo, de sanciones que tengan las características de pena en el derecho penal) no se cumplían en la época actual y, 2) que si se aceptaba el concepto de crimen de Estado se socavaría la posición del Estado, resultado que difícilmente aceptaría una comunidad internacional de mentalidad realista.

241. Además se consideró inconcebible atribuir la responsabilidad criminal a un Estado en ausencia de un órgano jurídico encargado de juzgar y castigar a los Estados. A este respecto se señaló que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, único órgano judicial permanente para la solución de controversias en la comunidad internacional, se basaba en la aceptación voluntaria y que el Consejo de Seguridad tenía esencialmente poderes de policía que en modo alguno eran los de un tribunal de justicia.

242. Se expresó también la preocupación de que la atribución de responsabilidad criminal a un Estado tacharía de criminalidad a todo el pueblo de un Estado y podría conducir a un castigo colectivo[355].

243. A juicio de otros miembros, la idea de la responsabilidad de los Estados por crímenes no planteaba dificultades de orden conceptual. En efecto, cabía muy bien imaginar una noción equivalente a la de intención delictiva (mens rea) en el caso de los hechos imputables a los Estados. A este respecto se señaló que, si bien la responsabilidad penal era en principio una responsabilidad individual, también podía ser, en virtud del progreso del derecho, una responsabilidad colectiva, y que reconocer en determinadas condiciones y circunstancias la responsabilidad penal de una persona jurídica era más un progreso que un retroceso del derecho, como demostraba la reciente evolución de ciertos sistemas jurídicos internacionales. Al respecto se recordó que la máxima societas delinquere non potest tenía cada vez menos adeptos, en particular si se pensaba en la delincuencia económica y financiera, por ejemplo el blanqueo de dinero. En estos casos, los comportamientos criminales más graves de los Estados requerían una política represiva apropiada cuya naturaleza, aun siendo punitiva, no podía ser aflictiva como sucedía con los individuos culpables de crímenes. Al respecto se señalaron las "medidas políticas" (enumeradas en el párrafo 289 infra) de que podía ser objeto el Estado autor de un crimen.

244. Se dijo también que en la época actual la capacidad de un Estado de perjudicar a toda la comunidad internacional era tan grande que no se podía dejar que una sociedad achacara a simples individuos la responsabilidad de crímenes cometidos en su nombre y que, por tanto, debía aceptarse la noción de crimen de Estado, incluso si las sanciones colectivas contra el Estado que

---

[355]Las opiniones sobre esta cuestión se reflejan con más detalle en la subsección dedicada a las consecuencias de los crímenes (véanse los párrafos 289 a 295 infra).

acarrearía ese crimen pudieran perjudicar a toda su población y no sólo a sus dirigentes[356]. Se agregó que en la historia había ejemplos de Estados criminales y que no había motivos para no decirlo rotundamente.

245. Finalmente otros miembros, aunque coincidían en que la cuestión de la responsabilidad penal del Estado era muy delicada y planteaba en particular el problema de la responsabilidad colectiva, estimaron que la divergencia de opiniones antes reflejada no era pertinente en el actual contexto. Recordaron al respecto que la Comisión no se había propuesto en 1976 establecer la responsabilidad penal del Estado y que el uso del término "crimen" no prejuzgaba para nada la cuestión de saber cuál era el contenido de la responsabilidad por un crimen internacional. Al respecto se indicó que en derecho internacional la responsabilidad del Estado no era penal ni civil. Era simplemente internacional, diferente y específica. Su especificidad se manifestaba particularmente en que algunos hechos internacionalmente ilícitos en vez de no comprometer más que al Estado, comprometían además individualmente a sus autores, quienes no podían ampararse en las inmunidades que les conferían sus funciones.

iv) Necesidad de un concepto de crimen: otros posibles enfoques

246. Según una corriente de opinión manifestada, el concepto de crimen presentaba un interés esencial, que era el de liberar a las normas sobre la responsabilidad de los Estados de la sujeción del bilateralismo y dar a la comunidad internacional, la posibilidad de intervenir en los casos de hechos especialmente graves para defender tanto los derechos e intereses del Estado víctima como los de la comunidad internacional, actuando en el marco de las instituciones o por mediación de los Estados individuales. A este respecto, se observó que, en el caso de los crímenes internacionales, la víctima era la comunidad de Estados, como entidad jurídica distinta, y que el concepto de crimen internacional ayudaba a promover a la comunidad internacional a la condición jurídica de, por decirlo así, una autoridad jurídica cuasi pública.

247. Según otra corriente de opinión, la distinción entre crimen y delito no resultaba necesaria ni apropiada en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, cuya finalidad no era sancionar a éstos sino exigirles que indemnizaran de los daños causados. Se observó que, si se consideraba necesario liberar a la comunidad internacional de la sujeción del bilateralismo, un concepto de crimen internacional no era para ello ni necesario ni suficiente: no era necesario, porque nada justificaba llegar hasta la idea de un castigo que suscitaba inevitablemente la palabra crimen, ni era suficiente, porque no regulaba lo que ocurriría con el conjunto de las violaciones erga omnes. Se dijo también que las preocupaciones subyacentes en el concepto de crimen de Estado habían perdido gran parte de su pertinencia desde 1976, al haber terminado la guerra fría, haberse atenuado las tensiones Norte-Sur y haber retrocedido el apartheid y el colonialismo.

248. Algunos miembros pusieron en duda la necesidad de utilizar ningún término descriptivo para atender a las preocupaciones subyacentes en el artículo 19. Así, se observó que distinguir entre grados de gravedad era hacer una distinción basada en la culpa, concepto que, se dijo, no debía haberse desechado en el caso de los delitos y tenía una función fundamental que desempeñar en el caso de los crímenes.

---

[356] Id.

249. Otro enfoque preconizado fue introducir el concepto de obligaciones de jus cogens en el proyecto y distinguir entre la violación de una obligación de jus cogens y los otros hechos ilícitos internacionales de menor importancia, enfoque que exigiría simplemente: a) seguir de cerca el texto de la disposición sobre jus cogens del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (sin utilizar ningún término descriptivo concomitante ni introducir ninguna lista ilustrativa de ejemplos, para la que podría no haber un apoyo suficiente de lex lata), y b) indicar los recursos que existirían contra la violación de una obligación de jus cogens, además de los necesarios en el caso de los demás hechos ilícitos. Algunos miembros, aunque reconocieron que se trataba de un enfoque tentador, señalaron que, si bien todos los crímenes eran violaciones de normas de jus cogens, la afirmación contraria no era cierta: la norma pacta sunt servanda, se dijo, podía considerarse de jus cogens, pero no todas las violaciones de esa norma constituían crímenes.

250. En opinión de algunos miembros, otra posibilidad era regular detalladamente las consecuencias de las violaciones de las obligaciones erga omnes y, de esa forma, liberar al proyecto de artículos de la sujeción del bilateralismo. Sin embargo, se expresaron dudas sobre este enfoque, basadas en que las obligaciones erga omnes no eran todas tan esenciales para la comunidad internacional que su violación pudiera asimilarse sistemáticamente a un crimen.

251. Por último, se señaló la posibilidad de tratar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, por una parte, y de la responsabilidad penal de las personas por crímenes, por la otra. En ese contexto, se hizo referencia al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura, que preveía que el procedimiento iniciado contra una persona por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no excluía la responsabilidad de derecho internacional de un Estado por una acción u omisión que le fuera atribuible.

v) La definición del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

252. Algunos miembros encontraron este artículo insatisfactorio. Se dijo especialmente que el texto era demasiado general y no proponía una verdadera definición de crimen, que insistía en el grado de gravedad del hecho calificado de crimen sin definir el umbral de gravedad para pasar de delito a crimen, que hablaba de obligación esencial sin definirla y que no dejaba lugar para la intención deliberada, ni tampoco para la noción de culpa, noción que, sin embargo, se dijo, era inseparable de la de crimen. Se expresó también preocupación por el hecho de que, en su redacción actual y teniendo en cuenta su historia, el artículo 19 suponía que un Estado debía continuar soportando las consecuencias jurídicas de un crimen internacional cometido anteriormente, aunque las circunstancias políticas, sociales o humanas en que se hubiera cometido ese crimen internacional hubieran dejado de existir.

253. Otros miembros estimaron que la redacción actual expresaba adecuadamente la intención subyacente, que era dejar en claro que la mayoría de las violaciones podían tratarse en el marco bilateral de los dos Estados directamente interesados, mientras que otras eran tan graves que afectaban a toda la comunidad internacional. En su opinión, el artículo se había redactado acertadamente en términos generales. A este respecto, se observó que el propósito del proyecto de artículos se limitaba a las normas secundarias, con el resultado de que el principio nullum crimen sine lege no se aplicaba en el presente contexto y la definición de los diferentes crímenes se dejaba a otros instrumentos. Se subrayó también que el concepto de crimen internacional era un

concepto evolutivo, y que una formulación flexible y capaz de adaptarse a posibles ampliaciones de la categoría de los crímenes resultaba deseable; en este contexto, se hizo referencia a la fórmula que definía la competencia del Consejo de Seguridad. Aunque algunos de los miembros mencionados encontraron ventajas en la estructura actual del artículo 19 (cláusula general y lista no exhaustiva), otros estimaron que la lista de ejemplos debía trasladarse al comentario.

254. En cuanto al párrafo 2, algunos miembros dijeron que reflejaba debidamente los tres criterios principales que debía contener la definición de crimen, a saber: 1) una violación que afectara a los intereses fundamentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, fuera más allá del marco de las relaciones bilaterales; 2) una violación grave, tanto en términos cuantitativos como cualitativos; y 3) el reconocimiento por la comunidad internacional de esa violación como crimen, reconocimiento que debía deducirse de la experiencia y de la práctica. Enrelación con el argumento de que la formulación era tautológica, se señaló que la misma observación podía hacerse con respecto a la definición de jus cogens o a la definición universalmente aceptada de costumbre (una práctica general aceptada como derecho). En ese mismo sentido, se observó que el criterio subjetivo derivado de que la violación estuviera "reconocida" como crimen no era más discutible que el criterio de reconocimiento de los principios generales por las naciones civilizadas que aparecía en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que la noción de crímenes "reconocidos" por la comunidad internacional en su conjunto se precisaba gracias a la enumeración que aparecía en el párrafo 3.

255. Otros miembros señalaron que la complicada redacción del párrafo 2, que procedía en gran parte de la terminología de las disposiciones de transacción sobre jus cogens del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resultaba un tanto indirecta. En relación con el requisito de que la violación estuviera reconocida como crimen por la comunidad internacional, se observó que el derecho penal estaba impregnado de subjetividad; la reprobación que suscitaba en la conciencia pública la comisión de un acto, por muy atroz que fuera, no era nunca uniforme, ni siquiera en una sociedad nacional que compartiera los mismos valores y, en una sociedad internacional culturalmente heterogénea, el elemento de subjetividad era todavía más marcado. Así, se dijo, cabría preguntarse, aunque sólo fuera desde un punto de vista moral, por qué una "pequeña agresión" que causara una destrucción de bienes relativamente poco importante y la muerte de unas cuantas personas inocentes debía tener más consecuencias desde el punto de vista de las contramedidas armadas autorizadas, si había que suponer que esas contramedidas no se permitirían en el caso de un genocidio en gran escala.

256. Por lo que se refiere al párrafo 3, algunos miembros opinaron que la lista que contenía seguía siendo satisfactoria, siempre que se revisara el apartado d) que se calificó de discutible, y se hicieran algunos cambios de redacción en el apartado b), a fin de armonizar su texto con la realidad de las modernas relaciones internacionales, especialmente después de acabado el colonialismo. Con respecto al primer punto, se observó que la hipótesis prevista en el apartado d) era poco realista, ya que era difícil creer que una contaminación de la atmósfera o de los mares pudiera extenderse a toda la humanidad sin que se adoptara alguna medida, aunque sólo fuera a nivel regional; además, se añadió, calificar la contaminación de la atmósfera o de los mares de crimen era un tanto prematuro, ya que sólo ahora se empezaba a considerar las actividades de contaminación transfronteriza como hechos internacionalmente ilícitos. Aunque algunos de los miembros invitaron a la Comisión a resistir los intentos de

ampliar la lista de crímenes, se manifestó una opinión en el sentido de que debían incluirse los crímenes relacionados con el tráfico de estupefacientes.

257. Otros miembros consideraron el párrafo 3 deficiente desde varios puntos de vista. En particular, estimaron que constituía un abuso de la distinción entre normas primarias y secundarias; que reflejaba una técnica jurídica discutible, ya que daba ejemplos que, en realidad, pertenecían al comentario; y que era probable que resultase rápidamente anticuado, dado que la lista que contenía estaba sometida a las opiniones cambiantes de los tiempos. En este contexto, se hizo referencia al apartado b). Otra observación fue que el texto no decía realmente lo que parecía decir: parecía decir que las cuestiones enumeradas y los ejemplos dados constituían realmente crímenes de los Estados; sin embargo, como el apartado iba precedido por la frase "Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2, y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor", había que aplicar aún el criterio previsto en el párrafo 2, y había que determinar cuáles eran las normas de derecho internacional en vigor. Se señaló también la dificultad que implicaba elaborar una lista no exhaustiva que, sin embargo, establecía cierto número de categorías.

258. Algunos miembros observaron que el término "crimen" podía ser fuente de dificultades innecesarias, por sus connotaciones de derecho penal, que hacían temer la forma en que se aplicaría el concepto. Se sugirió que se sustituyera por frases como "violación de suma gravedad", "hecho internacionalmente ilícito de especial gravedad", "delito internacional muy grave" o "hecho internacionalmente ilícito de suma gravedad".

259. Aunque no insistieron en que el término "crimen" se mantuviera a toda costa, algunos miembros expresaron sus dudas sobre los cambios terminológicos sugeridos. Se señaló que el término "crimen" tenía la ventaja psicológica de subrayar la gravedad excepcional de la violación de que se tratara y podía tener un efecto disuasor en la conducta de los Estados. Se observó también que esa palabra tenía una tradición, ya que se había utilizado, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y se había preferido al término "delito" en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Aunque se reconoció que la cuestión tratada en el proyecto de código era la responsabilidad penal de las personas y no de los Estados, se subrayó que la conducta se calificaría de criminal en virtud de ese código correspondía estrechamente, ratione materiae, a las violaciones de obligaciones del proyecto actual que se habían calificado de crímenes internacionales. Por ello, se expresaron dudas sobre la conveniencia de sustituir la expresión "crímenes internacionales" por la más sinuosa y oscura de "hechos ilícitos excepcionalmente graves", o variantes de ella.

260. Varios miembros señalaron que un cambio terminológico no salvaría la distancia existente entre aquellos para los que los hechos internacionalmente ilícitos formaban parte de un todo sin solución de continuidad y aquellos para los que la distinción entre crímenes y delitos tenía por objeto indicar una diferencia de especie.

b) Cuestiones suscitadas y preguntas formuladas por el Relator Especial en sus informes quinto y sexto como pertinentes para la elaboración de un régimen de responsabilidad de los Estados por crímenes

i) ¿Quién determinará que se ha cometido un crimen?

261. Algunos miembros estimaron que la cuestión de saber a quién correspondería determinar que se había cometido un crimen era de importancia esencial para

establecer un régimen de responsabilidad internacional por crímenes. Se dijo que la Comisión se encontraba con una dificultad prácticamente insuperable, ya que sería esencial para ese régimen contar con un órgano con competencia para determinar si, teniendo en cuenta los hechos, un Estado había cometido realmente un crimen.

262. Otros miembros señalaron que el problema, aunque grave, se planteaba también en el caso de los delitos ordinarios, lo que no había impedido a la Comisión elaborar un régimen de responsabilidad para esos delitos. Se observó también que la cuestión de quién determinaría que se había cometido un crimen no resultaba pertinente en el contexto de la parte segunda del proyecto, y correspondía únicamente a la parte tercera.

263. Algunos miembros observaron que, al tratar esa cuestión, no se podía desconocer el estado actualmente imperfecto de la sociedad internacional. Aunque se reconoció que, al lado de la "sociedad de relaciones", basada en la coordinación entre entidades jurídicamente iguales, comenzaba a aparecer una forma más progresista de organización de la comunidad internacional, y se subrayó la función positiva desempeñada por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, se consideró que la organización actual de la comunidad internacional no ofrecía otra posibilidad que dejar que cada Estado determinara si se había cometido un crimen. Aunque esos miembros consideraron que esa situación distaba mucho de ser ideal, algunos de ellos señalaron la existencia de dispositivos de seguridad. Se señaló en particular que cualquier Estado que decidiera que se había cometido un crimen internacional lo haría a su propio riesgo, y que esa decisión sería siempre discutida por la parte acusada.

264. Otros miembros encontraron difícil, salvo en el caso de legítima defensa[357], aceptar que la determinación de si se había cometido un crimen se dejara a cada Estado, incluido el Estado víctima, habida cuenta del principio nemo judex. Juzgaron indispensable que esa prerrogativa se reservase a un órgano judicial internacional, imparcial e independiente. Se sugirió que ese principio fundamental se incluyera de una forma o de otra en el proyecto de artículos. Se propuso también concebir un sistema que permitiera hacer que la existencia de un crimen fuera determinada por una entidad que representara a la comunidad internacional, entidad que podría ser, por ejemplo, el grupo de Estados Partes en la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados.

265. Este enfoque se consideró también poco realista por algunos miembros, que advirtieron a la Comisión contra la tentación de emprender la tarea eminentemente política que consistiría en definir un nuevo estrato de organismos encargados, en el plano mundial, de las cuestiones de la responsabilidad de los Estados. Se manifestaron dudas sobre la posibilidad de establecer en un futuro previsible un órgano judicial con una jurisdicción ampliamente aceptada a la que pudieran someterse uniformemente los casos y que decidiera basándose en un cuerpo de jurisprudencia coherente.

266. En los párrafos 296 a 314 infra se examina la función de los órganos de las Naciones Unidas en esta esfera.

---

[357]En este contexto, se puso de relieve la necesidad de aclarar el concepto de legítima defensa mediante normas de fondo, forma y de procedimiento, que deberían precisarse teniendo en cuenta las resoluciones de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización y el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales.

267. Algunos miembros pusieron en tela de juicio la redacción de la pregunta formulada por el Relator Especial y señalaron que, en el marco de la segunda parte del proyecto de artículos, la cuestión no era determinar las posibles consecuencias de la determinación de un crimen sino las de la comisión de ese crimen.

ii) Las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen

a. Consecuencias sustantivas

268. Según un número considerable de miembros, la distinción entre delitos y crímenes tenía repercusiones cualitativas en las consecuencias sustantivas de las dos categorías de actos internacionalmente ilícitos en tanto en cuanto los pertenecientes a la segunda suponían una violación de una norma esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. También se mantuvo, sin embargo, la opinión contraria (véase el párrafo 270 infra).

269. En relación con los recursos de que dispone el Estado víctima de un crimen, no se precisó diferencia alguna entre delitos y crímenes al menos en lo que a la cesación de la violación se refiere.

270. En cuanto a la reparación en sentido amplio, las posiciones diferían. Por una parte, se mantuvo que la distinción entre crímenes y delitos era irrelevante y que los ejemplos dados por el Relator Especial para mantenerla no resultaban convincentes por cuanto suponían la cesación de la violación, garantías de no repetición, o ejercicio por el Consejo de Seguridad de su responsabilidad de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, o, en el caso de las desmembraciones territoriales, una violación de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre la integridad territorial, la libre determinación y los derechos humanos; se dijo también que la distinción entre crímenes y delitos no tenía relevancia alguna en lo concerniente a la prohibición de las demandas que se hicieran en menoscabo de la dignidad del Estado afectado, porque no podía haber atentado más grave a la dignidad del Estado que la de la condena y el castigo de sus dirigentes, ya previstos en el artículo 10. Sin embargo, según un número considerable de miembros, las consecuencias sustantivas de los crímenes en lo concerniente a su reparación y satisfacción eran cualitativamente distintas de las de los delitos.

271. Refiriéndose a la restitución en especie, varios miembros opinaron que los crímenes debían quedar al margen de la aplicación de las restricciones previstas en los apartados c) y d) del artículo 7, porque perjudicaban a la comunidad internacional en su conjunto e infringían una norma imperativa de derecho internacional. Otros miembros, en cambio, pusieron de relieve que, si no se quería causar sufrimientos excesivos a la población del Estado "criminal", no podía hacerse caso omiso de la limitación impuesta a la adopción de medidas excesivamente onerosas. Se hizo notar también que la opción entre restitución en especie e indemnización no debía dejarse al Estado víctima de un crimen a menos que la restitución en especie sea materialmente imposible o suponga una violación del jus cogens.

272. En lo concerniente a la satisfacción, los comentarios versaron sobre 1) el juicio de las personas individualmente responsables, 2) las exigencias que irían en menoscabo de la dignidad del Estado interesado y 3) el pago punitivo de daños y perjuicios. En relación con el primer aspecto, se opinó que, en el caso de los crímenes, el proceso debía poder iniciarse, contrariamente a lo que se

preveía en cuanto a los delitos en el párrafo 2 del artículo 10, sin el consentimiento del Estado autor. En cuanto a la prohibición de las exigencias que fueran en menoscabo de la dignidad del Estado interesado, se advirtió que no debía aplicarse en el caso de los crímenes, por cuanto un Estado, al cometer un crimen, ya se humilla a sí mismo a sabiendas y no es por tanto merecedor de tantas consideraciones. La concesión de daños y perjuicios de carácter punitivo fue calificada por algunos de los miembros que se refirieron a ella de elemento necesario de cualquier régimen de reparación de los crímenes. Se puso, sin embargo, en guardia contra los importantes problemas que planteaba esa concesión, especialmente cuando la víctima principal del crimen cometido por un Estado fuera la población.

273. En cuanto a los demandantes, se hizo referencia a la eventualidad de una pluralidad de Estados lesionados. Esa situación, se declaró, exigía cierta coordinación en la presentación de las demandas y podía requerir procedimientos especiales para la presentación y consideración de las mismas.

274. Algunos miembros opinaron asimismo que, en el caso de los crímenes, la reparación era debida no sólo al Estado materialmente lesionado, sino también, en un sentido más amplio, a la comunidad internacional. A este respecto se advirtió que, dado que no existía todavía una comunidad internacional organizada, el derecho a la reparación debía necesariamente corresponder a los Estados, no uti singuli, sino en el marco de una fórmula cualquiera de coordinación entre los Estados partes en el futuro instrumento sobre la responsabilidad. En cuanto a la sugerencia de que fueran la Asamblea General o el Consejo de Seguridad los que hicieran uso de los recursos en nombre de los Estados, se opinó que no estaba en armonía con el régimen de la Carta. Y, aunque se aludió a la posibilidad de que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad recabaran una opinión consultiva, se hizo notar que en ese caso ya no se trataría de un recurso judicial.

b. Las condiciones instrumentales (contramedidas)

- Las condiciones de recurso legal a contramedidas en el caso de los crímenes

275. Algunos miembros compartieron la opinión del Relator Especial de que la facultad de recurrir a contramedidas debía estar sujeta a condiciones menos estrictas en el caso de los crímenes que en el de los delitos. Se consideró, en particular, excesivo, exigir que el Estado que se estimara víctima de un crimen presentara, junto con su demanda una oferta de solución pacífica. Otros representantes expusieron opiniones diferentes. Se hizo notar, por ejemplo, que en un caso reciente, varios Estados habían adoptado, por su propia iniciativa, medidas económicas antes de tratar de resolver la cuestión mediante algún mecanismo de solución de controversias y que, sin esas condenas apresuradas y contramedidas económicas, quizás habría podido encontrarse una solución pacífica, pero de principio, al conflicto.

276. Los miembros que se ocuparon de la cuestión opinaron por lo general que el principio de proporcionalidad era aplicable a cualquier medida que se adoptara frente a los crímenes. Según algunos, esto significaba que, tanto en lo concerniente a las contramedidas como en otras esferas, la distinción entre crímenes y delitos carecía de importancia. Se hizo notar además que la no aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de los crímenes podía significar que el Estado responsable de un crimen no fuera tratado con toda la severidad debida. Se expresó también la opinión de que, además de imponer la obligación de proporcionalidad al Estado lesionado, debían imponerse también al

Estado que cometiera el crimen las obligaciones correspondientes de no adoptar contramedidas intensificadas ante las contramedidas, para agudizar la controversia.

277. En lo concerniente a las contramedidas prohibidas, los miembros que se refirieron a la cuestión convinieron en la necesidad de atenerse estrictamente a la prohibición del uso de la fuerza, manifestándose además la preocupación de que pudieran añadirse para el uso de ésta más pretextos de los que ya se habían invocado en el pasado. A este respecto se hizo hincapié en la prioridad que había que dar a la Carta en esta esfera. También se hizo notar que era precisamente la Carta, y no la categoría del crimen, lo que en última instancia justificaba o invalidaba el uso de la fuerza como reacción a éste y que, si bien la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Carta era controvertible, especialmente en lo concerniente a la intervención con fines humanitarios, la categoría de crimen de que se tratara no se había utilizado como elemento decisivo en ningún caso en que se hubiera llegado a la conclusión de que esa intervención era permisible.

278. En un plano más general se manifestó la opinión de que debía excluirse toda reacción individual que supusiera una violación de una norma de jus cogens. Se hizo a este respecto la observación de que consagrar la noción de crimen no equivalía a consagrar un derecho de reacción absoluto e ilimitado, como no consagraba tampoco la ley del talión, y que el mundo había sido recientemente testigo de una intervención armada a raíz de un genocidio que no había sido reconocida como legítima por la comunidad internacional porque, para poner fin a ese crimen, el Estado que había intervenido había violado a su vez una regla imperativa del derecho internacional.

279. A este respecto se opinó que la distinción que era preciso establecer no era entre contramedidas permisibles en caso de crimen (u otra violación de jus cogens), por una parte, y casos en los que no había crimen (u otra violación de jus cogens), por otra, sino entre contramedidas permisibles en virtud de un tratado multilateral, o incluso bilateral, aplicable (la Carta o un instrumento de otra índole) y casos en los que no hubiera tratados aplicables que prescribieran las contramedidas que podían adoptarse en caso de incumplimiento de una obligación o contuvieran disposiciones sobre la solución pacífica de las controversias. Se hizo asimismo hincapié en la necesidad de prever, cuando no haya un tratado aplicable, cierta reglamentación de las contramedidas que pueden adoptarse en caso de presunta violación por un Estado de una obligación multilateral.

280. En cuanto a las contramedidas no consistentes en el uso de la fuerza, estimó correcta, a pesar de la relativa imprecisión de sus conclusiones, la opinión del Relator de que podían llegar a ser excesivas en relación con las aplicables a la responsabilidad por delito.

281. Se discutió también ampliamente la cuestión de si la facultad de reacción a un crimen se extendía a Estados que no fueran el Estado víctima. A este respecto se opinó que la cuestión no tenía gran importancia, como no la tenía tampoco, en esta esfera como en otras, la distinción entre crímenes y delitos, ya que el problema de la pluralidad de Estados lesionados podía plantearse en relación con cualquier acto internacionalmente ilícito, independientemente de su gravedad. La opinión prevaleciente fue, sin embargo, la de que esa cuestión era perfectamente válida teniendo en cuenta que el crimen es, por definición, una violación de una obligación erga omnes, que lesiona los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

282. Algunos miembros advirtieron que la posición de los "Estados indirectamente lesionados" no debía ser equiparada a la ligera con la de las víctimas directas. A este respecto se manifestó que la comisión de un crimen no confería a Estados que no fueran el Estado víctima la condición de Estado lesionado a efectos de recurrir a contramedidas, y que los Estados que no fueran el Estado víctima no podían intervenir en respuesta a un crimen más que a falta de reacción colectiva; de lo que se trataba era de evitar que el concepto de crimen sirviera para legitimar la consagración de las relaciones de fuerza existentes. La facultad de reacción, se dijo, debía pertenecer en primer lugar a la comunidad internacional[358]. A ese respecto, la tendencia reciente a sacar el concepto de comunidad internacional del reino de la abstracción o del mito para elevarlo al de la experiencia y la historia vivas, era causa de satisfacción, como lo era también el papel cada vez más importante que desempeñaban las organizaciones no gubernamentales al superar el obstáculo que a veces representaba el concepto de la soberanía nacional para la solución de cuestiones de simple humanidad.

283. Otros miembros pusieron de relieve que la comunidad internacional no estaba bien equipada para tratar los crímenes internacionales de los Estados y que no existía en la actualidad ningún órgano internacional que estuviera expresamente facultado para reaccionar ante todo tipo de crímenes internacionales, lo que hacía que la reacción a un crimen siguiera siendo de la incumbencia individual de cada Estado. Aunque conviniendo en que el estado actual de la cuestión estaba lejos de ser satisfactorio, algunos miembros hicieron notar que la prohibición del uso de la fuerza, el principio de la solución pacífica de las controversias y el principio de proporcionalidad ofrecían garantías contra los abusos.

284. También tienen importancia en el presente contexto las opiniones manifestadas en lo concerniente a la posibilidad de crear nuevas instituciones a las que se encargue, como se hace constar en los párrafos 264 y 265 supra, de determinar si se ha cometido un crimen.

285. Teniendo en cuenta la falta de un mecanismo institucional y procesal habilitado para reaccionar ante un crimen en nombre de la colectividad internacional, ciertos miembros estimaron que, a falta de una acción verdaderamente colectiva, quizás pudiera autorizarse en buena y debida forma, a terceros Estados no directamente interesados, para adoptar medidas en defensa de los intereses de la comunidad internacional: además del derecho que ya tienen de hacer manifestaciones en ese sentido, esos Estados tendrían la facultad de adoptar contramedidas, y la prohibición del empleo de la fuerza sería una garantía contra el riesgo de que la sanción resultara desproporcionada en relación con el crimen.

286. Esta idea se precisó todavía más en relación con la agresión y el genocidio.

287. En lo concerniente a la agresión, se opinó que, entre los Estados no directamente interesados, había que distinguir aquellos que estaban directamente relacionados con el Estado víctima por un tratado de alianza militar que asimilara todo ataque contra una parte a un ataque contra la otra. Ese tipo de tratado planteaba el problema de la legítima defensa colectiva, de las condiciones de forma y de fondo, y de las condiciones instrumentales en la

---

[358]O, más modestamente, como dijo un miembro, a la comunidad de los Estados Partes en la futura convención.

que esa defensa podía ser invocada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y suscitaba el riesgo de que tal defensa fuera abusivamente invocada para eludir un control de la comunidad internacional o para infringir normas de jus cogens. En cuanto a los demás Estados que no tuvieron ningún vínculo jurídico con el Estado víctima, no tenían, por supuesto, derecho, según se dijo, a invocar la legítima defensa ni a recurrir a la fuerza armada para ayudar a la víctima: el recurso a la fuerza armada debía en ese caso efectuarse bajo la autoridad y el control de las autoridades internacionales competentes, y en particular del Consejo de Seguridad. Con referencia también a la relación entre defensa propia y medidas coactivas ordenadas en el plano internacional, se hizo notar que era posible que la acción de un Estado coincidiera con la adopción de medidas internacionales con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que esa coincidencia pudiera interpretarse en el sentido de que las acciones de las Naciones Unidas afectaban necesariamente a las obligaciones de los Estados en materia de crímenes internacionales cometidos por alguno o algunos de ellos. No obstante, se advirtió que esa coincidencia podía ser más fortuita que el resultado de una convicción de que las Naciones Unidas representaban a la comunidad organizada de naciones.

288. En relación con el genocidio se opinó que todos los Estados podían reaccionar ante un crimen de esa naturaleza aunque no estuvieran directamente afectados por él y en este sentido se puso de relieve la distinción establecida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones que se creaban en relación con otro Estado en el marco de la protección diplomática. Se advirtió también que el principio de actio popularis dimanante del reconocimiento de que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos controvertidos podía revestir una importancia considerable. Se evocó a este respecto el asunto relativo a la aplicación de la Convención de 1948 sobre el Genocidio, sometido a la Corte por Bosnia y Herzegovina en marzo de 1993. Se señaló asimismo en este contexto la distinción que debía establecerse entre el caso en que un Estado perpetraba actos de ese tipo contra su propia población y aquel en que el genocidio no se limitaba a la población nacional, sino que se extendía a la población de otros Estados. A la cuestión de saber si, en el primer caso, los otros Estados debían recurrir a contramedidas que no supusieran el empleo de la fuerza armada, o confiar ese cometido a los mecanismos colectivos, se respondió que el recurso a ciertas contramedidas (por ejemplo, el embargo sobre el aprovisionamiento de armas) era posible, si bien bajo el control de mecanismos colectivos, y que la cuestión de la intervención humanitaria con empleo de fuerza armada debía ser cuidadosamente examinada. En cuanto al segundo caso (genocidio perpetrado contra la población nacional y contra la población de otros Estados), se planteó la cuestión de si los Estados lesionados podían prever la intervención, es decir, el recurso a la fuerza armada, por razones humanitarias. La Comisión fue invitada a reflexionar sobre estas cuestiones, con la advertencia de que, en caso contrario, dejaría a los Estados en libertad absoluta para invocar la noción, todavía muy vaga, de intervención por motivos humanitarios.

iii) Las consecuencias punitivas del concepto de crimen

289. Algunos miembros subrayaron que, aunque las nociones de falta y castigo estaban fuera de lugar en el régimen de responsabilidad por violaciones ordinarias del derecho internacional, la situación era distinta en el caso de los crímenes. Se aludió a este respecto a las medidas adoptadas contra las Potencias del Eje después de la segunda guerra mundial, así como a las "sanciones políticas" (transferencia de territorios, ocupación militar, embargo o confiscación de bienes, control de armamentos, desplazamiento de poblaciones,

desmantelamiento de industrias, desmilitarización, etc.) enumeradas, aunque no comentadas, por el Relator Especial en su quinto informe.

290. Otros miembros advirtieron que el castigo no era lex lata y que el régimen impuesto por los vencedores a los vencidos en 1945 había quedado vedado por la Carta para el porvenir, como lo demostraba la inclusión de la reserva contenida en el Artículo 107. Esos miembros se oponían vigorosamente a la idea de que una coalición de Potencias victoriosas pudiera unilateral y arbitrariamente, basándose en su sola voluntad política, anexionarse partes del territorio de un Estado agresor y expulsar de ellas a la población, violando principios fundamentales del derecho humanitario y de los derechos humanos, así como instrumentos que prohíben la adquisición de territorios por la fuerza, aunque sea en ejercicio del derecho de legítima defensa. Se sugirió en este contexto la inclusión en el proyecto de una prohibición expresa de las consecuencias punitivas, incluso en el caso de los crímenes que amenazaran la integridad territorial de los Estados. En apoyo de esta posición se hizo notar que si los únicos objetivos perseguidos eran el castigo y la revancha, se perpetuaría necesariamente la tensión y que si la víctima tenía, por supuesto, derecho a obtener reparación y satisfacción, no debía sacrificarse por ello el objetivo de la reconciliación. Se insistió también en la necesidad de evitar el "ostracismo" del Estado acusado, el cual debía seguir, juntamente con su población, formando parte de la sociedad internacional.

291. Se calificó de especialmente difícil la cuestión de la culpabilidad y responsabilidad de la población y se puso en guardia contra respuestas demasiado simplistas que hicieran caso omiso de la multiplicidad de las relaciones existentes dentro de cada Estado o entre los Estados en general. Se hizo referencia a este respecto al genocidio, cuya víctima principal era la población del Estado que lo perpetraba.

292. Aunque algunos miembros convinieron con el Relator Especial en que era posible que la población de un Estado criminal no fuera totalmente inocente, la mayoría aconsejaron la mayor prudencia en este terreno. A este respecto se hizo notar que era grande la tentación de hacer sufrir a un pueblo que hubiera aplaudido la comisión de un crimen las consecuencias de su comportamiento, pero también se dijo que no había que perder de vista que la opinión pública se deja fácilmente cegar, no sólo en los países sometidos a un régimen despótico, sino incluso en los países democráticos. Varios representantes subrayaron además que las medidas punitivas tenían muchas probabilidades de afectar a inocentes, mujeres y niños, miembros incluso de la sociedad considerada que, ya individual o colectivamente, se hubieran opuesto al crimen, y que las sanciones contra un Estado no eran legítimas si no se habían adoptado respetando al mismo tiempo los derechos del pueblo interesado con arreglo a un procedimiento riguroso y si no se establecían ciertos límites al reconocimiento, sin duda inevitable, de cierto grado de culpabilidad colectiva.

293. Varios miembros insistieron en la necesidad de encontrar un equilibrio. Se aludió a este respecto al Capítulo VII de la Carta, que contenía quizás un principio de respuesta, al exigir que se tomaran en consideración las repercusiones económicas y de otro tipo que las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad pudieran tener sobre los otros Estados y sus poblaciones y que se previeran medios para garantizar que las consecuencias no afectan desproporcionadamente a las poblaciones.

294. Se aludió también a la posibilidad de recurrir a medidas que, aun constituyendo un castigo, no afectaran a la población del Estado de que se tratase, por ejemplo el desmantelamiento de fábricas de armamento y la

prohibición de fabricar ciertas armas, o a medidas destinadas a proteger a la población, como por ejemplo la sumisión del Estado de que se trate a un control internacional, ya por decisión de los Estados vencedores en ejercicio de su derecho de legítima defensa, ya por una jurisdicción internacional.

295. Varios miembros opinaron que la solución del problema residía en el procesamiento y castigo de los dirigentes y funcionarios responsables. A este respecto se advirtió, sin embargo, que la sugerencia de que el procesamiento de personas individuales pudiera constituir una forma de contramedida agravada era totalmente inadmisible desde el punto de vista del debido respeto de las garantías procesales, ya que la culpabilidad o inocencia de un individuo era distinta de la del Estado y tenía que juzgarse con independencia de ésta.

iv) La función de las Naciones Unidas en la determinación de la existencia y las consecuencias de un crimen

296. Algunos miembros señalaron que las Naciones Unidas eran la expresión más convincente de la "comunidad internacional organizada" y el instrumento normal de reacción frente a los crímenes. Otros indicaron que el régimen de la Carta sólo aportaba una respuesta fragmentaria al problema en estudio y que, no obstante sus principios y propósitos, las Naciones Unidas no eran un Estado supranacional dotado, en un plano superior, de poderes comparables a los de un Estado en el plano nacional; tampoco podían ejercer toda la panoplia de poderes de un Estado nación ni imponer sanciones por infracciones de la ley.

297. Si bien se opinó que la Comisión podría muy bien pensar en recomendar una revisión de la Carta y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como algunas otras innovaciones institucionales que resultaran necesarias para aplicar ciertas normas básicas a los crímenes internacionales de los Estados, la opinión predominante fue que la Comisión debía abstenerse de hacerlo, teniendo presente que su tarea consistía en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y que no tenía facultades para conferir una nueva competencia a las Naciones Unidas y sus órganos.

298. Por lo que respecta a la función del Consejo de Seguridad, los miembros que abordaron la cuestión distinguieron en general entre la categoría de hechos internacionalmente ilícitos a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 (incluida la agresión) y las categorías enumeradas en los apartados b), c) y d) del párrafo 3 del mismo artículo.

299. Por lo que respecta a la agresión, los comentarios se centraron en la función del Consejo en 1) la determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito y 2) la determinación de las consecuencias correspondientes.

300. Sobre el primer punto se expresó la opinión de que nada se oponía a que el Consejo de Seguridad comprobara la existencia de un crimen en virtud de las facultades que le confería la Carta, desde el momento en que el hecho incriminado diera lugar a las situaciones mencionadas en el Artículo 39 de la Carta. Según otro miembro, no cabía ninguna duda de que el Consejo tenía la facultad de determinar que se había cometido un acto de agresión; de ello se seguía que si la agresión se tipificaba como un crimen el Consejo estaba facultado para determinar que se había cometido un crimen.

301. Sin embargo, a este respecto se hizo una advertencia. Varios miembros subrayaron que el Consejo de Seguridad no tenía ni la función constitucional ni los medios técnicos para determinar la comisión de un crimen. Se afirmó que el

Consejo era un órgano político dotado de facultades políticas que no podía, sin actuar ultra vires, decidir sobre la responsabilidad judicial de un Estado. También se señaló a la atención en este contexto la falta en el régimen de la Carta de un mecanismo de control para determinar si el Consejo se excedía y abusaba de su autoridad y cuándo lo hacía.

302. Con referencia a esas preocupaciones algunos miembros señalaron a la atención el sistema de frenos y contrapesos destinado a minimizar el riesgo de que el Consejo pudiera adoptar una decisión manifiestamente ilegal. Además, se sugirió que toda determinación de la agresión por el Consejo fuera impugnable, en virtud de una norma que se insertase en el artículo 19 según la cual el Estado calificado de agresor pudiera dirigirse a un órgano judicial, en su caso la Corte Internacional de Justicia. Otra sugerencia fue que la determinación del Consejo tomara la forma de una presunción y no de una conclusión definitiva.

303. Por lo que respecta al segundo punto mencionado en el párrafo 297 se expresó la opinión de que el Consejo estaba facultado para decidir sobre las sanciones que se habían de imponer a los responsables en el marco de las facultades que le confería el Capítulo VII de la Carta. A este respecto se dijo que el Consejo estaría llamado a desempeñar una función central en el caso de medidas que pudieran afectar a la independencia, a la soberanía o a la integridad territorial del Estado autor, y más en particular de acciones armadas, y que su intervención condicionaba la posible suspensión de las prohibiciones previstas en el artículo 14. También se expresó la opinión de que aunque el Consejo de Seguridad jamás había adoptado medidas punitivas, porque no había decidido nunca que se había cometido un crimen ni siquiera había hecho constar la comisión de un acto de agresión, la Carta le confería no obstante la facultad de llegar a la conclusión, una vez comprobada la existencia de un crimen de agresión, de que las sanciones colectivas debían llevar consigo medidas punitivas adecuadas a un crimen.

304. Otros miembros subrayaron que el Consejo no había de funcionar como un mecanismo de sanciones. Señalaron que el Consejo tenía una función de policía orientada hacia el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que raramente había adoptado sanciones obligatorias y que el caso del Iraq en el que el Consejo había impuesto obligaciones a los Estados Miembros que podían afectar a su comportamiento, era un caso especial del que no se podía extraer la conclusión general de que las Naciones Unidas podían prescribir consecuencias de los crímenes internacionales enumerados en el artículo 19. A este respecto se expresó la preocupación de que aunque las medidas punitivas se presentaban como algo perteneciente al pasado que no tenía cabida en la codificación moderna del derecho internacional, el mundo debía constatar en la práctica del Consejo de Seguridad una tendencia no a abandonar las medidas punitivas sino a disfrazarlas de restitutio o garantías de no repetición. Se invitó a la Comisión a preguntarse si, en un momento en que se tomaban medidas severas sobre la base de la "reacción orgánica" de la comunidad mundial contra un Estado que cometiere un crimen, y en que se afirmaba que una reacción de ese tipo quedaba fuera del régimen de responsabilidad, debía aceptar el ejercicio sin trabas del poder para ocultar una severa intención punitiva en el régimen del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

305. Por lo que respecta a las categorías de hechos internacionalmente ilícitos a que se hace referencia en los apartados b), c) y d) del párrafo 3 del artículo 19, se señaló que cabía presumir que el Consejo de Seguridad tenía competencia para determinar que se habían cometido cuando entrañaban un quebrantamiento de la paz con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 39 de la Carta. Algunos

miembros se mostraron partidarios de una interpretación amplia de las facultades del Consejo en virtud del Capítulo VII o preveían la posibilidad de que la competencia del Consejo abarcara todas las violaciones previstas en un artículo 19 revisado en su caso.

306. Sin embargo, se expresó la preocupación de que todo intento de encajar los crímenes distintos de la agresión en el concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales diera lugar a amalgamas peligrosas con su cortejo de desviaciones, conclusiones discutibles y cuestionamiento de las facultades del Consejo de Seguridad. En este contexto se hizo la observación de que la actual tendencia hacia una considerable ampliación del concepto de amenaza a la paz tenía sus límites y que probablemente una extensión exagerada de ese concepto no era muy oportuna.

307. También se expresó la preocupación de que el Consejo de Seguridad estaba muy marcado por su procedimiento (y en particular por el derecho de veto que confería una inmunidad permanente por lo menos a cinco países y a algunos otros) y, por consiguiente, no podía ni crear un tribunal ni sancionar la responsabilidad por crímenes. A este respecto se hizo referencia a los actuales acontecimientos en relación con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y se señaló que una representación más equilibrada de los diversos grupos regionales, acompañada de una distribución más equitativa de los puestos permanentes, aumentaría la credibilidad del Consejo de Seguridad para determinar ciertos crímenes internacionales y autorizar operaciones punitivas o de legítima defensa colectivas en nombre de la comunidad internacional.

308. Varios miembros hicieron referencia a la cuestión, planteada por el Relator Especial en su quinto informe, de si las resoluciones 687 (1991), 748 (1992) y 808 (1993) reflejaban una expansión de la competencia del Consejo de Seguridad.

309. La mayoría de los miembros que hicieron observaciones sobre esta cuestión dieron una respuesta negativa. Se afirmó en particular que cada una de las resoluciones mencionadas trataba del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es decir, la esfera de responsabilidad del Consejo de Seguridad. En este contexto, sin embargo, un miembro opinó que el Consejo había ido en ocasiones más allá de las facultades que la Carta le confería. Se señaló por varios miembros el hecho de que si había habido o no una evolución en la competencia del Consejo de Seguridad era una cuestión de interpretación de la Carta que quedaba fuera del mandato de la Comisión.

310. Algunos miembros insistieron en la distinción que había que hacer entre las facultades del Consejo de Seguridad y las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. Si bien se señaló que el Consejo no tenía facultades para promulgar nuevas normas más allá de lo dispuesto en la Carta y estaba obligado a aplicar el derecho dentro de los límites de su competencia, se subrayó también que los poderes del Consejo no dependían para nada de las normas en estudio. Se manifestó apoyo a la inclusión en el proyecto de artículos de una cláusula similar a la del artículo 4 de la segunda parte cuyo objeto fuera reservar la competencia de las Naciones Unidas o de ciertos organismos regionales en caso de amenaza a la paz o de agresión e impedir toda ampliación de las excepciones a la prohibición del recurso a la fuerza. Sin embargo, se pusieron objeciones a cualquier fórmula que subordinara la aplicabilidad de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados a las decisiones del Consejo o los privara de sentido en ciertas situaciones a voluntad de un órgano político.

311. Varios miembros formularon la opinión de que la Asamblea General tenía una función que desempeñar en relación con los crímenes, dado que reflejaba la conciencia de la comunidad internacional. Se indicó que sobre la base de la Carta, la Asamblea podía ocuparse de una amplia variedad de asuntos y aprovechaba esas facultades, y que, aunque con respecto a la reacción a un hecho ilícito como, en todos los demás sentidos, carecía de facultad de decisión, si estaba en condiciones, mediante recomendaciones, de permitir y autorizar conductas que podían tener una considerable repercusión en cuestiones relativas al tema en estudio. A este respecto se hizo referencia a las múltiples resoluciones en que la Asamblea General había declarado que los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera - un crimen con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 - podían utilizar todos los medios para combatir esa dominación.

312. Sin embargo, se insistió en los límites de la función de la Asamblea en la esfera en examen, teniendo presente que la determinación de las consecuencias de un crimen era más bien un acto de carácter judicial. Varios miembros previnieron además contra la posibilidad de iniciar en el seno de la Comisión un debate sobre las facultades de los órganos de las Naciones Unidas o sobre el ámbito de aplicación del Artículo 51 de la Carta. Se recordó que era el Consejo de Seguridad el que podía ordenar el recurso a la fuerza armada en virtud del Artículo 42 de la Carta y que el derecho de legítima defensa estaba sujeto a condiciones estrictas en virtud del Artículo 51. Se expresaron graves dudas acerca de la posibilidad, en el actual clima político, de adaptar legalmente las facultades de los órganos de las Naciones Unidas a las tareas derivadas del artículo 19 de la primera parte, tanto más cuanto que esa adaptación implicaría el examen de normas primarias y rebasaba el mandato de la Comisión. Aun reconociendo que la Comisión no tenía por qué colmar las lagunas de la Carta ni revisarla, algunos miembros sugirieron que se introdujeran medios de aprovechar al máximo las facultades y funciones de los órganos de las Naciones Unidas en lugar de remitirse al Capítulo VII solamente y al Consejo de Seguridad cuya intervención sistemática era en realidad, según señaló un miembro, una solución cómoda.

313. Por lo que respecta a la Corte Internacional de Justicia, varios miembros subrayaron que la determinación última en relación con la comisión de un crimen sólo podía confiarse a un órgano judicial. Se recordó a este respecto que la Corte podía pronunciarse sobre la existencia de cualquier quebrantamiento del derecho internacional, incluida la existencia de un crimen, y extraer las conclusiones necesarias. La fórmula adoptada en la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se consideró como el único sustitutivo aceptable de la determinación por el propio Estado de la comisión de un crimen.

314. Sin embargo, se señalaron a la atención los límites de la jurisdicción de la Corte, dado el carácter consensual de su competencia. Se afirmó que el otorgamiento de jurisdicción obligatoria a la Corte en los casos de que se trataba equivaldría a una auténtica revolución en el derecho internacional.

v) Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre circunstancias que excluyen la ilicitud

315. Se hizo la observación de que, dada la definición enunciada en el párrafo 2 del artículo 19 y el carácter erga omnes de la obligación violada en caso de crimen, y habida cuenta del párrafo 2 del artículo 29, quedaba ya establecido que el consentimiento no podía excluir la ilicitud de un crimen. Por lo que respecta al estado de necesidad, se señaló a la atención el apartado a) del

párrafo 2 del artículo 33, que igualmente hacía una excepción en el caso de una norma imperativa de derecho internacional general, de manera que el problema estaba ya resuelto. En cuanto a la fuerza mayor, objeto del artículo 31, se indicó que difícilmente podía aplicarse en el caso de los crímenes porque un crimen entrañaba premeditación.

316. Según una opinión, el análisis precedente confirmaba que no tenía objeto la distinción entre crímenes y delitos. Según otra opinión, la inaplicabilidad de las circunstancias que excluye a la ilicitud formaba parte del régimen jurídico especial aplicable a los crímenes.

vi) La obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de un crimen

317. Algunos miembros señalaron que la ilustración normal de esta obligación guardaba relación con la adquisición de territorio. A este respecto se plantearon varias cuestiones. En primer lugar se señaló que al establecer una obligación de no reconocer como legal cualquier adquisición territorial derivada del uso de la fuerza, se volvía a la norma primaria que prohibía el uso de la fuerza contra la integridad territorial y contra los derechos de los pueblos y se entraba en el ámbito de las normas primarias, olvidando la decisión de la Comisión de tratar únicamente en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados de "normas secundarias". También se indicó que en la práctica de los Estados la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza no había de caracterizarse como un crimen del Estado: la obligación de no reconocer esa adquisición era consecuencia no sólo de los crímenes sino también de los delitos y la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza en ejercicio de la legítima defensa, aunque no era un crimen, seguía siendo un hecho ilícito al que debía aplicarse la obligación de no reconocimiento. Otra cuestión que se mencionó en este contexto fue que la conducta más criminal era criminal por razón de sus consecuencias de hecho y que los hechos habían de reconocerse; se trataba de saber si se reconocían también las consecuencias jurídicas.

318. Los miembros que abordaron la cuestión convinieron en que la obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de los crímenes de agresión se derivaba de una decisión del Consejo de Seguridad. Sin embargo, uno de ellos opinó que la obligación en cuestión podía nacer también de una declaración autorizada de la Asamblea General.

vii) La obligación general de no ayudar a un Estado "criminal"

319. Se señaló que esta cuestión pertenecía a la esfera de la complicidad y era una cuestión de derecho primario. Un miembro, si bien admitió que la obligación pasiva de no reconocimiento se limitaba a ciertas clases de hechos ilícitos cuando estaba en discusión la validez de la medida adoptada, señaló que la obligación de no prestar asistencia al Estado autor, que, en su opinión abarcaba tanto los delitos como los crímenes, no se limitaba a los hechos en que entrara en juego la validez. Se hizo además la observación de que no existía obligación de lege lata o de lege ferenda de prestar ayuda a la víctima de un crimen.

c) Las vías de actuación abiertas a la Comisión

320. Según una corriente de opinión, la Comisión, pese a las dificultades a que daba lugar el concepto de crímenes del Estado, debía proseguir su tarea sin vacilar y dedicarse a definir las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos más graves que eran necesariamente diferentes, tanto a nivel sustantivo como a nivel adjetivo, de las consecuencias de los delitos. Se subrayó que un

estudio a fondo de las consecuencias de los crímenes que preservara el equilibrio entre codificación y desarrollo progresivo permitiría a la Comisión pronunciarse con perfecto conocimiento de causa, en segunda lectura, sobre la validez de la dicotomía establecida al principio. Por consiguiente se invitó a la Comisión a que se aplicara con prioridad a establecer un régimen especial de responsabilidad por los crímenes, conforme al mandato que le había renovado periódicamente la Asamblea General desde 1976. Se expresó confianza en que si bien existían otras posibilidades[359], el supuesto más probable era que la Comisión determinaría diferencias apreciables en las consecuencias de las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, sobre la base de la aceptación del artículo 19. Se sugirió que para facilitar la tarea la Comisión estableciera una cooperación con expertos del exterior, teniendo presente que todo progreso realizado en esta materia podría contribuir a reforzar la primacía del derecho en las relaciones internacionales, prevenir los conflictos y facilitar su solución.

321. Según otra corriente de opinión, no sería prudente que la Comisión se dedicase a formular disposiciones detalladas acerca de las consecuencias de los crímenes, dado el riesgo perfectamente real de que en definitiva pudiera fracasar en sus esfuerzos por elaborar una definición satisfactoria de "crimen del Estado" y no determinase más que consecuencias insignificantes, perjudiciales para otros aspectos más realistas del derecho o que pudieran agravar las amenazas contra la paz y la seguridad o restar viabilidad al concepto de violación erga omnes en general. También se señaló que todo esfuerzo por elaborar las consecuencias que pudieran derivarse de los crímenes de los Estados se desviaría de la premisa básica de que el proyecto había de confinarse a las normas secundarias, confrontaría a la Comisión con problemas de aplicación, invadiría el terreno del régimen de la Carta y supondría una desviación de la importante tarea de desarrollar un régimen satisfactorio relativo a cuestiones generales de la responsabilidad de los Estados.

322. Aunque desaconsejaron cualquier cuestionamiento apresurado del artículo 19, cuya aprobación, según se recordó, fue descrita por la Comisión en el comentario pertinente como un paso comparable al dado con el reconocimiento explícito de la categoría de las reglas de jus cogens en la codificación del derecho de los tratados, varios miembros admitieron que sería imposible que la Comisión, dentro de los límites de tiempo que se había fijado, elaborase normas sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, habida cuenta de las dudas que existían sobre la distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 y teniendo presente la escasez de la práctica pertinente y el carácter delicado de la cuestión, que afectaba a la soberanía de los Estados.

323. En el plano del procedimiento, algunos consideraron que era urgente establecer un régimen apropiado para los crímenes internacionales. Se sugirió que la Comisión debería comunicar a la Asamblea General las dificultades con que tropezaba y abstenerse en la fase de la primera lectura de presentar artículos sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, reservándose la facultad de hacerlo en segunda lectura. Sin embargo, suscitó objeciones la idea

---

[359]Se dijo que la Comisión podría aplazar la cuestión hasta la segunda lectura, en cuya etapa podría abordar con éxito la cuestión o decidir expresamente excluir del ámbito del proyecto los hechos internacionalmente ilícitos más graves o, por el contrario, llegar a la conclusión de que los crímenes no entrañaban consecuencias diferentes de las de los delitos, planteándose entonces la cuestión de si debía eliminarse el artículo 19 no obstante su peso ideológico y simbólico.

de que la Comisión recabase la orientación de la Sexta Comisión, al igual que a la sugerencia de que los crímenes del Estado constituyeran el objeto de un tema aparte.

324. En el plano sustantivo se expusieron diversas ideas: se dijo que la Comisión podría limitarse a hacer constar la existencia de un vínculo estrecho entre las consecuencias materiales de los crímenes y la reacción de la comunidad internacional entera frente a esas consecuencias. Otro posible enfoque que se mencionó fue el de retener el artículo 19 con modificaciones, incluir en la segunda parte una cláusula que dijera que la aplicación del proyecto de artículos a los casos constitutivos de crímenes definidos en el artículo 19 era una cuestión que no se trataba en el proyecto de artículos y que esos artículos habían de entenderse sin perjuicio de esa aplicación, de conformidad con la Carta o con el derecho internacional general y, finalmente adaptar las normas de la segunda parte para abordar los crímenes de los Estados en su manifestación como hechos internacionalmente ilícitos. Se sugirió además que el proyecto se limitara de momento a la formulación de normas relativas a las consecuencias de la agresión, el genocidio y el apartheid.

d) Conclusiones del Relator Especial sobre el debate

325. Refiriéndose a la cuestión general de si debía mantenerse la distinción que se establecía en el artículo 19 entre crímenes y delitos internacionales, el Relator Especial hizo notar que, para la mayoría de los miembros, las infracciones muy graves del derecho internacional requerían consideración separada dentro del marco de la primera lectura del proyecto; mientras que algunos de ellos basaban esa distinción en una simple diferencia de gravedad entre unos actos delictivos internacionales y otros, la opinión prevaleciente era que esa dicotomía tenía su base en una diferencia de naturaleza. Otros, por su parte, opinaban que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no debía tratar de una categoría especial y diferenciada de "crímenes". Algunos, finalmente preconizaban incluso la eliminación del proyecto de todo tipo de distinción.

326. En lo concerniente al artículo 19, el Relator Especial destacó que según la mayoría debía mantenerse, pese a sus defectos, la redacción actual, mejorada quizás en segunda lectura habida cuenta de la evolución de la práctica de los Estados y de la doctrina. Recordó que, a pesar de algunas reservas, eran bastantes los miembros que parecían inclinarse por el mantenimiento del término "crímenes", aunque sin excluir por ello la posibilidad de encontrar una solución mejor. Otros preferían que se renunciara al término "crimen", debido a sus connotaciones de derecho penal interno. Algunos sugirieron que se sustituyera por una referencia a las violaciones muy graves del jus cogens. El Relator Especial hizo notar asimismo que, aunque los elementos básicos de la definición habían sido en general aceptados, especialmente la referencia a la violación por un Estado de una obligación internacional de importancia fundamental para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, la lista que figuraba en el párrafo 3 del artículo 19 exigía, a juicio de la mayoría de los oradores, nuevo examen, si no su inclusión en el comentario.

327. Refiriéndose a las posibilidades que se ofrecían a la Comisión, el Relator Especial advirtió que algunos miembros habían sugerido que se sometiera en primera lectura a la Asamblea General un texto que no se refiriera a las consecuencias de los crímenes, que se señalaran a la atención de la Asamblea las dudas que habían manifestado muchos miembros en cuanto a la posibilidad de codificar esta materia mientras no se encontrara una definición más aceptable de los crímenes y que se aplazara para la segunda lectura del proyecto la decisión

sobre el artículo 19 y sobre las consecuencias de los crímenes. Dijo también que la mayoría de los miembros, con excepción, por supuesto, de los que eran totalmente opuestos a la dicotomía que se establecía en el artículo 19, consideraban preferible que la Comisión estudiara todas las soluciones posibles en forma de proyectos de artículos que fueran considerados por el Comité de Redacción en el próximo período de sesiones, y se pronunciara sobre la cuestión con ocasión de la segunda lectura.

328. En cuanto a la cuestión de quién era competente para determinar que se había cometido un crimen en un caso determinado y para poner en práctica el régimen aplicable, el Relator Especial hizo notar que el debate había puesto de relieve dos series de problemas. Un problema que algunos oradores parecían considerar relacionado con la tercera parte del proyecto era el de qué órgano sería competente para resolver las posibles controversias sobre la existencia y la atribución de un crimen y para decidir sobre la legitimidad de la reacción y sobre las medidas que exigiera la situación. El otro problema, que debía indudablemente incluirse en la segunda parte, era el de quién podía legítimamente reaccionar, ya fuera reclamando el cumplimiento de una obligación sustantiva (cesación del acto ilícito, reparación, satisfacción, garantías de no repetición), ya recurriendo a otras medidas (contramedidas o sanciones).

329. En lo concerniente al primer problema, el Relator Especial destacó que algunos oradores eran partidarios del establecimiento, quizás en un protocolo adicional, de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros dudaban de la utilidad de esa solución en vista de la renuencia que mostraban los Estados a recurrir a la Corte en asuntos importantes y del carácter voluntario de la jurisdicción de la Corte. Muchos oradores habían hecho hincapié en la necesidad de prever un mecanismo de verificación, de carácter judicial, que estuviera facultado para decidir basándose en la ley.

330. En cuanto al segundo problema, es decir, el de quién está legitimado para reaccionar, el Relator Especial observó que se reconocía en general (con excepción de unos cuantos oradores radicalmente opuestos a la idea de un régimen especial para los crímenes) que la reacción a un crimen (empezando incluso por la calificación y la atribución del mismo) debía tener de preferencia su origen en un órgano internacional capaz de interpretar y poner en práctica la "voluntad" de la comunidad internacional y que aplicara, directamente o mediante decisiones obligatorias cuyos destinatarios fuesen los Estados, las consecuencias, de carácter más o menos perentorio, previstas por el derecho internacional. En ese contexto, él dudaba seriamente de que por el momento existiera una comunidad internacional organizada; a su juicio, la pretensión de que las Naciones Unidas constituían la expresión de una comunidad internacional bien organizada era altamente discutible. En todo caso, era opinión general que la llamada comunidad internacional no disponía actualmente, ni era probable que dispusiera en un futuro próximo, de un órgano adecuadamente representativo al que se confiara la función de poner en práctica el régimen aplicable a los crímenes y de organizar la respuesta a éstos, a reserva siempre de una verificación judicial apropiada de la legitimidad de la determinación de los crímenes y de la reacción a ellos. Recordó también que casi todos los oradores estaban de acuerdo en que, al menos para el caso de los crímenes consistentes en una agresión o en una violación de la paz, ya existía en el capítulo VII de la Carta un sistema de reacción colectiva, que no había sido, sin embargo, concebido, ni era fácilmente adaptable en su forma actual, a la aplicación de un régimen de responsabilidad.

331. Refiriéndose a la competencia <u>de lege lata</u> o <u>de lege ferenda</u> de los órganos de las Naciones Unidas en la aplicación de la reacción a los crímenes, dijo el

Relator Especial que la mayoría de los miembros parecían compartir la opinión que él había expuesto en su quinto informe[360] de que, incluso en el caso de un crimen tal como la agresión, el Consejo no podía ser considerado como el órgano específicamente competente para una reacción colectiva, ya fuera ratione materiae (por ejemplo, en lo relativo a la reparación), ya desde el punto de vista de los criterios de evaluación jurídica o política, ya, finalmente, desde la perspectiva de una exigencia elemental de imparcialidad, difícilmente conciliable con el hecho de que el llamado derecho de veto garantizaría prácticamente la inmunidad de ciertos Estados. Advirtió a este respecto que si, por una parte, el régimen que se previera para la aplicación de las consecuencias de los crímenes no debía en modo alguno poner en tela de juicio los importantes poderes del Consejo de Seguridad en relación con el mantenimiento (y restablecimiento) de la paz, no sería tampoco procedente dar por supuesto que el Consejo de Seguridad podía ser incondicionalmente reconocido como órgano competente para la aplicación del régimen jurídico de los crímenes internacionales de los Estados, especialmente en el caso de las tres categorías de crímenes distintos de la agresión. Recordó también que, en vista de esas dificultades, algunos de los oradores habían sugerido que se circunscribiera la definición de los crímenes a las hipótesis ya previstas en el Capítulo VII de la Carta, o que se trataran por separado los crímenes relacionados con esas hipótesis a fin de tomar mejor en consideración las posibilidades de acción del Consejo de Seguridad respecto de esos crímenes.

332. El Relator Especial destacó que varios oradores habían puesto en guardia contra toda injerencia en la función del Consejo de Seguridad, el cual tenía una función política dirigida al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y no se ocupaba ni del requisito previo de la comisión del crimen, ni de la definición de la ley y la sanción del autor. No debía, en particular, preverse ninguna enmienda de la Carta destinada a confiar nuevas funciones al Consejo, y el proyecto debía indicar que sus disposiciones sobre los crímenes no irían en menoscabo de los procedimientos fijados en la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

333. El Relator Especial hizo notar además que, aunque algunos se inclinaban por dejar al Consejo de Seguridad la tarea de la aplicación de las consecuencias de los crímenes correspondientes a las hipótesis previstas en el Capítulo VII de la Carta, otros habían sugerido una interpretación más liberal de los poderes del Consejo que permitiera a éste ocuparse igualmente de otros crímenes, y que al mismo tiempo se había destacado la necesidad de una reevaluación del papel de la Asamblea General como expresión de la "conciencia" de la comunidad internacional en su conjunto.

334. El Relator Especial destacó que la mayoría de los participantes en el debate habían puesto en guardia contra la posibilidad de dejar la reacción al crimen en manos de cada uno de los Estados lesionados (o de pequeños grupos de Estados) y habían considerado deseable una respuesta colectiva, ya de órganos de las Naciones Unidas, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General (competente esta última para ocuparse de todo tipo de situaciones que pudieran suponer la comisión de crímenes), ya, según algunos oradores, de otros órganos colectivos que pudieran establecerse. También se habían sugerido posibles procedimientos de consulta. Algunos oradores se habían opuesto firmemente a la posibilidad de permitir, especialmente en relación con las medidas o sanciones más graves y a falta de toda manifestación de una "voluntad colectiva", iniciativas unilaterales de Estados o de grupos de Estados, mientras que otros

[360] A/CN.4/453/Add.3, párrs. 89 y ss., especialmente 102 a 125 y 110 a 115.

habían opinado que debía dejarse abierta la puerta a la adopción de medidas unilaterales por cualquier Estado, ya en caso de falta de reacción oportuna y efectiva por parte de la llamada comunidad internacional organizada, ya para complementar esa reacción colectiva, en el entendimiento, evidentemente, de que no debía aceptarse ninguna reacción armada.

335. En lo concerniente a los aspectos objetivos de las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, y concretamente a la naturaleza y el grado de las consecuencias agravadas, el Relator Especial puso de relieve la amplia aceptación de la idea de que no todas las excepciones previstas en los artículos 7 y 10 debían aplicarse en el caso de los crímenes: concretamente, la restitución en especie estaría únicamente sujeta a las restricciones del jus cogens y de la imposibilidad física, mientras que en el caso de la satisfacción las excepciones serían no sólo la concesión de "daños y perjuicios punitivos" excesivamente gravosos, sino también las medidas que afectaran a la "soberanía interna", la jurisdicción nacional y la dignidad del Estado.

336. En cuanto a las consecuencias instrumentales, el Relator Especial había comprobado la existencia de un amplio acuerdo en lo concerniente a la prohibición, incluso en el caso de los crímenes, de medidas armadas, excepto, por supuesto, en el caso de las medidas que se adoptaran en legítima defensa, ya fuera individual o colectiva, o que adoptara, en virtud del Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad en situaciones que comprendieran crímenes de agresión, lo que, a su juicio, parecía confirmar una clara preferencia por un tratamiento diferenciado del crimen de agresión, como algo distinto de los demás tipos de crímenes enumerados en el artículo 19.

337. En relación con la legítima defensa colectiva, el Relator Especial advirtió que, según un orador, el proyecto debía insistir en los límites de la legítima defensa y poner claramente de relieve que un Estado sólo tiene derecho a actuar en ese sentido a petición del Estado atacado o sobre la base de una alianza o de un tratado regional de seguridad. Hizo notar asimismo que, excepto en el caso de legítima defensa, el empleo de la fuerza se consideraba por lo general, incluso como reacción a un crimen, como prerrogativa exclusiva de la llamada "comunidad internacional organizada" (y particularmente del Consejo de Seguridad), cuya autorización previa se requería para el uso de la fuerza en casos que no fueran de agresión, con inclusión de los de genocidio o de intervención por motivos humanitarios.

338. El Relator Especial advirtió que la mayoría de los oradores mantenían que las medidas "más onerosas", pero en ningún caso armadas, que se previeran debían ser menos intensas que las que pudiera aplicar el Estado vencedor contra un Estado vencido y que, según una opinión, toda medida que alcanzara un alto grado de intensidad debía ir precedida de una decisión colectiva genuinamente representativa del interés común de los Estados actuantes, mientras que debían condenarse las iniciativas unilaterales o de pequeños grupos. Esas medidas comprendían, a juicio de varios oradores, el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal de las personas individuales que hubieran actuado en puestos clave de la estructura del Estado culpable.

339. El Relator Especial recordó que algunos miembros consideraban inadmisibles las violaciones de normas de jus cogens como reacción a un crimen (por ejemplo, las violaciones de la prohibición del uso de la fuerza) y que, si bien, a juicio de algunos, las medidas que se adoptaran contra un Estado autor de un crimen podían ir más allá de la simple búsqueda de reparación, siempre debía quedar a salvo la norma de la proporcionalidad. Algunos oradores habían insistido además en la necesidad de condenar, incluso en el caso de los crímenes, cualesquiera

medidas que afectaran a la integridad territorial del Estado o a la identidad de la población.

340. En cuanto a la preocupación por la población del Estado culpable, el Relator Especial advirtió que, aunque debían evitarse cuidadosamente cualesquiera efectos particularmente duros sobre las poblaciones, algunos oradores consideraban justificado que se tratara de hacer ver a los pueblos los peligros que para ellos podía representar la adopción de actitudes que equivalieran a una "complicidad" más o menos patente en los actos criminales de un gobierno democrático o no democrático, o de un déspota.

341. De todo lo expuesto deducía el Relator Especial que, aparte de los pocos oradores que discutían por cuestión de principio la oportunidad legal o política de la distinción entre delitos y crímenes, sólo uno había negado expresamente la existencia de toda diferencia en cuanto a las consecuencias de los unos y de los otros. Hizo notar asimismo la existencia de cierto grado de consenso en cuanto a la obligación general - condicionada, sin embargo, a un pronunciamiento de la llamada comunidad internacional organizada - de no reconocer como legalmente válida ninguna situación como resultado de la cual el Estado culpable hubiera obtenido una ventaja basada en el crimen, y que algunos reconocían también la existencia de una obligación general de no ayudar de manera alguna a dicho Estado a mantener la situación favorable creada en su beneficio por el crimen.

342. Se había hablado asimismo de un deber general de "solidaridad activa" para con el Estado o los Estados víctimas, acompañado de la obligación de cumplir de buena fe las medidas decididas por la comunidad internacional o por los propios Estados "de concierto", en respuesta a un crimen internacional de Estado.

343. El Relator Especial concluyó diciendo que, aunque no se hubiera llegado a soluciones definitivas y concretas, el debate había proporcionado indicaciones suficientes para que él preparara, con la anticipación debida para el próximo período de sesiones, propuestas sobre las consecuencias de los crímenes, en forma de artículos o párrafos de las partes segunda y tercera, que una vez examinados, podrían remitirse al Comité de Redacción de 1995. Finalmente, manifestó su confianza de que, juntamente con la terminación del trabajo ya en curso sobre las partes segunda y tercera, esto permitiría a la Comisión terminar a tiempo su primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

e) Opiniones expresadas después de formular el Relator Especial sus conclusiones sobre el debate

344. Algunos miembros expresaron la opinión de que, en vista de la apreciación hecha por el Relator Especial en su resumen (véase el párrafo 326), era necesario subrayar que existía una corriente de opinión considerable que tenía reservas a la redacción del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos. Si se quería realizar esfuerzos constructivos en la segunda parte, parecía aconsejable avanzar sobre la base de una distinción, no necesariamente entre crímenes y delitos sino entre actos internacionalmente ilícitos más graves y menos graves. Esos miembros expresaron también sus reservas sobre las conclusiones del párrafo 231.

345. Otros miembros expresaron la opinión opuesta, señalando que, a pesar del debate a que habían dado lugar el artículo 19 y la distinción entre crímenes y delitos, ese artículo y esa distinción ofrecían una base para la continuación de la labor del Relator Especial y la elaboración de proyectos de artículos para su presentación a la Comisión.

346. La Comisión llegó a la conclusión que se indica en el párrafo 231.

2. Disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados

347. Como se indica en el párrafo 228, en su último período de sesiones la Comisión recibió del Comité de Redacción cuatro artículos - a saber, los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) - sobre las consecuencias instrumentales de los actos internacionalmente ilícitos, artículos que presentara el Presidente del Comité de Redacción en la 2318ª sesión de la Comisión, pero sobre los que no se tomó ninguna decisión en espera de que se recibieran los correspondientes comentarios.

348. En el actual período de sesiones el Relator Especial apuntó, en el capítulo II de su sexto informe, que tal vez sería útil examinar de nuevo algunas de las cuestiones que planteaba la formulación de los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción en el anterior período de sesiones. Propuso, además, un nuevo enunciado para esos dos artículos (véase el documento A/CN.4/461 y Add.2 y Add.2/Corr.1).

349. La Comisión examinó el capítulo II del sexto informe del Relator Especial en su 2353ª sesión.

350. En la misma sesión la Comisión remitió al Comité de Redacción los nuevos enunciados propuestos para los artículos 11 y 12, en el capítulo II del sexto informe del Relator Especial[361], con instrucciones de estudiar la posibilidad de modificar, a la luz de esas propuestas, los artículos 11 y 12 aprobados por la Comisión en el anterior período de sesiones, quedando entendido que, si ello resultase imposible, se volvería a trabajar con los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción, sobre los que se basaría la decisión de la Comisión.

351. En la 2366ª sesión de la Comisión el Presidente del Comité de Redacción presentó una versión revisada del artículo 11 e informó a la Comisión de que el Comité de Redacción no había podido modificar la redacción del artículo 12 aprobada en el anterior período de sesiones.

---

[361]El Relator Especial, después de que se transmitieran sus nuevas propuestas de texto al Comité de Redacción, presentó una versión revisada del enunciado que había sugerido para el artículo 12 (véase el documento A/CN.4/L.461/Add.3).

352. En la misma sesión la Comisión, después de examinar las recomendaciones del Comité de Redacción, aprobó provisionalmente los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)[362], con miras a su inclusión en la

---

[362]Los artículos decían lo siguiente:

"Artículo 11

Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado podrá, mientras el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito no cumpla las obligaciones que le imponen los artículos 6 y 10 bis y sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos 12, 13 y 14, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado, si ello fuera necesario, a la luz de la respuesta a sus demandas por el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, para inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 y 10 bis.

2. Cuando una contramedida contra un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el párrafo 1.

...

Artículo 13

Proporcionalidad

Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a la de los efectos de éste sobre el Estado lesionado.

Artículo 14

Contramedidas prohibidas

El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

a) A la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas;

b) A medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya sometido un hecho internacionalmente ilícito;

c) A cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;

d) A cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales; o

e) A cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general."

parte II del proyecto de artículos, y aplazó su decisión sobre el artículo 12. Se reconoció que tal vez sería necesario revisar el artículo 11 a la luz del texto que finalmente se aprobase para el artículo 12.

353. En espera de la aprobación del artículo 12 y de la presentación de los comentarios pertinentes, la Comisión decidió no someter oficialmente a la Asamblea General artículos sobre las contramedidas; confía en presentarle un conjunto completo de artículos sobre esta cuestión el próximo año.

Capítulo V

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

354. La Comisión, en su 30º período de sesiones (1978), incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[363].

355. La Comisión recibió y examinó, entre su 32º período de sesiones, en 1980, y su 36º período de sesiones, en 1984, cinco informes del Relator Especial[364]. 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 34º período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36º período de sesiones, en 1984. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

356. La Comisión, en su 36º período de sesiones (1984), dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 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 de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos[365], 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"[366].

357. La Comisión, en su 37º período de sesiones (1985), nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37º período de sesiones (1985) y su 44º período de sesiones (1992), ocho informes del

---

[363]En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema y presentara un informe al respecto. Véase el informe del Grupo de Trabajo en Anuario ... 1978, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

[364]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 y Anuario ... 1984, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

[365]Anuario ... 1984, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

[366]Anuario ... 1985, vol. II (primera parte), Adición, documento A/CN.4/384.

Relator Especial[367]. En su 40º período de sesiones (1988), la Comisión remitió al Comité de Redacción los artículos 1 a 10 propuestos por el Relator Especial para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios)[368]. En su 41º período de sesiones (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[369].

358. En su 44º período de sesiones (1992), la Comisión creó un Grupo de Trabajo, para que examinara algunas de las cuestiones generales relativas al alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[370]. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó en su 2282ª sesión, el 8 de julio de 1992, las siguientes decisiones:

"a) Alcance del tema

i) La Comisión tomó nota de que, en los últimos años de sus trabajos sobre este tema, había delimitado el ámbito general y los límites del tema pero todavía no había tomado una decisión definitiva en cuanto a su alcance concreto. En opinión de la Comisión, en este momento esa decisión podría ser prematura. Sin embargo, la Comisión convino en que, para facilitar los trabajos sobre el tema, sería prudente abordar su examen dentro de ese amplio ámbito por etapas y establecer prioridades para las cuestiones que se habían de estudiar.

ii) Dentro de los supuestos formulados en el precedente párrafo i), la Comisión decidió que se entendiera que el tema comprendía las cuestiones de la prevención y de las medidas de reparación. Sin embargo, la prevención debía estudiarse en primer lugar; sólo después de haber completado su trabajo sobre la primera parte del tema procedería la Comisión a ocuparse de la cuestión de las medidas de reparación. Estas medidas podían incluir en este contexto las encaminadas a aminorar el daño, rehabilitar la cosa dañada e indemnizar el daño causado.

---

[367]Los ocho informes del Relator Especial se han publicado 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, Anuario ... 1987, vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405, como documento A/CN.4/413, Anuario ... 1989, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423; documento A/CN.4/428 y Corr.1, Corr.2 (en inglés solamente), Corr.3 (en español solamente), Corr.4 y Add.1; documento A/CN.4/437 y Corr.1 y documento A/CN.4/443 y Corr.1 y Corr.2 (en español solamente).

[368]El texto de esos artículos figura en Anuario ... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 11.

[369]Véase Anuario ... 1989, vol. II (segunda parte), párr. 311. Posteriormente, el Relator Especial propuso en su sexto informe nuevos cambios en esos artículos; véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10, (A/45/10), párr. 471.

[370]Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10, págs. 135 a 137.

iii) En la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo y la Comisión no debía tratar en la presente etapa de otras actividades que de hecho causaran daño. Habida cuenta de la recomendación contenida en el precedente párrafo 345, los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearan un riesgo de causar daño transfronterizo y después las medidas de reparación cuando esas actividades hubieran causado un daño transfronterizo. Una vez que la Comisión hubiera terminado el examen de los artículos propuestos sobre estos dos aspectos de las actividades que presentaran un riesgo de causar un daño transfronterizo decidiría sobre la siguiente etapa de los trabajos.

b) Planteamiento que ha de adoptarse con respecto a la naturaleza de los artículos o del instrumento que se elabore

iv) En opinión de la Comisión, sería prematuro decidir en la presente etapa sobre la naturaleza de los artículos que se habían de redactar o la forma del instrumento que surgiría de su labor sobre el tema. Sería prudente aplazar esa decisión, de conformidad con la práctica usual de la Comisión, hasta la terminación de los trabajos sobre el tema. La Comisión examinaría y adoptaría los artículos propuestos para este tema, de conformidad con su práctica usual, sobre la base de la validez de los artículos, su claridad y utilidad para las necesidades contemporáneas y futuras de la comunidad internacional y su posible contribución al fomento del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en esta esfera.

c) Título del tema

v) Dada la ambigüedad del título del tema en lo que respecta a si comprendía "actividades" o "actos", la Comisión decidió mantener su hipótesis de trabajo de que el tema versaba sobre "actividades" y aplazar el cambio oficial del título, pues quizás sería necesario introducir en él otros cambios habida cuenta de los ulteriores trabajos sobre el tema. Por consiguiente, La Comisión esperará hasta que esté en condiciones de hacer una recomendación definitiva sobre los cambios que haya que introducir en el título.

d) Recomendación relativa al siguiente informe del Relator Especial

vi) La Comisión tomó nota con gratitud y reconocimiento de los informes anteriores del Relator Especial en los que las cuestiones de la prevención se examinaban en lo concerniente tanto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo como a las que causaban ese daño. Pidió que el Relator Especial examinara de nuevo en el siguiente informe que presentase a la Comisión las cuestiones de la prevención sólo respecto de las actividades que presentaran un riesgo de causar daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de artículos sobre esa cuestión."[371]

359. En su 45º período de sesiones (1993), la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/450), dedicado a la cuestión de la prevención, y

[371] Ibíd.

remitió el proyecto de artículo 10 (No discriminación), que la Comisión había examinado en su 42º período de sesiones (1990), así como los artículos 11 a 20 bis, al Comité de Redacción. El Comité de Redacción aprobó provisionalmente los artículos 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos), 2 (Términos empleados), 11 (Autorización previa), 12 (Determinación del riesgo) y 14 (Medidas para aminorar el riesgo)[372]. Sin embargo, la Comisión no adoptó medidas sobre esos artículos[373].

B. Examen del tema en el presente período de sesiones

1. Proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45º y 46º de la Comisión

360. En las sesiones 2362ª a 2366ª, celebradas entre el 8 y el 13 de julio de 1994, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente el artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos), los párrafos a), b) y c) del artículo 2 (Términos empleados), el artículo 11 (Autorización previa), el artículo 12 (Determinación del riesgo), el artículo 13 (Actividades no autorizadas), el artículo 14 (Medidas para prevenir o aminorar el riesgo), el artículo 14 bis [20 bis] (No transferencia del riesgo), el artículo 15 (Notificación e información), el artículo 16 (Intercambio de información), el artículo 16 bis (Información al público), el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), el artículo 18 (Consultas sobre medidas preventivas), el artículo 19 (Derechos del Estado que puede verse afectado) y el artículo 20 (Factores de equilibrio de intereses), que le remitió el Comité de Redacción en el 45º período de sesiones (1993), y en el actual período de sesiones[374]. El texto de estos artículos y los comentarios correspondientes se reproducen en la sección C.2 infra.

361. Durante la aprobación de estos artículos, se planteó la cuestión de que los artículos no trataban directamente la situación especial de los países en desarrollo. Se señaló que la Comisión se proponía abordar esta cuestión en una disposición que podría colocarse en el capítulo relativo a las disposiciones generales y que sería aplicable a todos los artículos sobre este tema. Se señaló además que la Comisión no había aún decidido si debería preverse alguna función para las organizaciones internacionales. Si la Comisión decide ulteriormente solicitar la asistencia de las organizaciones internacionales en cuestiones tales como la evaluación del impacto ambiental de una actividad o la notificación, etc. se reexaminarán los artículos correspondientes.

---

[372]Documento A/CN.4/L.487 y Corr.1 (español y francés únicamente).

[373]Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), pág. 46, párr. 106.

[374]Los proyectos de artículo 1, 2, 11, 12 y 14 fueron aprobados por el Comité de Redacción en el 45º período de sesiones, en 1993.

2. El décimo informe del Relator Especial presentado en el actual período de sesiones

362. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/459) que fue presentado en la 2351ª sesión de la Comisión, celebrada el 10 de junio de 1994. La Comisión decidió examinar el informe en el próximo período de sesiones.

363. El décimo informe trataba tres cuestiones: la prevención ex-post, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil. En los párrafos 5 a 20 infra figura un resumen del décimo informe, como fue presentado por el Relator Especial.

a) La prevención ex-post

364. El Relator Especial recordó el debate sostenido en la Comisión en su último período de sesiones, en el que bastantes miembros expresaron la opinión de que la prevención ex-post, es decir las medidas adoptadas después de producido un incidente para reducir o controlar sus efectos, no deberían considerarse medidas preventivas, sino que deberían tratarse en el contexto de las medidas de reparación. El Relator Especial consideró esa opinión incompatible con el planteamiento adoptado en la conceptualización del tema y con los instrumentos jurídicos vigentes que regulan cuestiones similares. Explicó que el planteamiento del tema seguía la secuencia de los hechos, a saber: el incidente podía generar una cadena de causas y efectos que al final podían producir un daño transfronterizo. Por consiguiente, toda medida encaminada a prevenir o interrumpir esa cadena de causas y efectos que prevendría o reduciría el efecto perjudicial transfronterizo tenía de por sí carácter preventivo. Por tanto, era claro que el concepto de prevención era aplicable tanto a las medidas adoptadas para prevenir incidentes que pudieran conducir a un daño transfronterizo como a las medidas adoptadas para impedir que los efectos del incidente alcanzaran todo su potencial. Señaló que esta conceptualización la apoyaban también los instrumentos jurídicos vigentes que regulan las cuestiones de la prevención del daño transfronterizo y la responsabilidad por el mismo. Hizo referencia a varios instrumentos jurídicos que regulan la prevención del daño transfronterizo o que establecen regímenes de responsabilidad civil en los que las mencionadas medidas se califican de preventivas[375]. El Relator Especial explicó que si la

---

[375]Véase la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 21 de junio de 1993; el párrafo 9 del artículo 2 de esta Convención dice que "medidas preventivas" significan cualesquiera medidas adoptadas por cualquier persona después de ocurrido un incidente para prevenir o minimizar las pérdidas o el daño a que se refiere ..."; la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, la cual en el párrafo 1 del artículo 2 habla de la obligación de las partes de tomar las medidas... para "prevenir, reducir o controlar" los impactos ambientales de las actividades propuestas que sean adversos y significativos"; la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 17 de marzo de 1992, la cual dice en el párrafo 1 del artículo 3 que las partes adoptarán las medidas apropiadas para "proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales preveniéndolos en lo posible al reducir su frecuencia y severidad y al mitigar sus efectos. Para este fin se aplicarán medidas preventivas de preparación y de respuesta, incluyendo las de restauración"; la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación Resultante de la Exploración y Explotación de Recursos Minerales en los

Comisión seguía deseando que la noción de medidas preventivas comprendiera sólo las adoptadas antes de que se produzca un incidente, debería usarse otro término como, por ejemplo, medidas de respuesta para las medidas de prevención ex-post, ya que esas medidas tanto en la teoría como en los hechos no pueden tratarse dentro del ámbito de la reparación.

365. En lo que respecta a quién debería adoptar las medidas de respuesta, el Relator Especial consideró que dependía de las circunstancias. En algunas situaciones esas medidas deberían ser adoptadas por el Estado cuando fuera necesario utilizar grandes dispositivos del Estado, tales como la guardia nacional, los bomberos, etc., en situaciones de emergencia, pero en otras circunstancias por los propios particulares. A la luz de lo anterior, el Relator Especial propuso incluir dos nuevos párrafos en el artículo 2 "Términos empleados" para definir los términos "Medidas de respuesta" y "Daño"[376].

Fondos Marinos, la cual en el párrafo 1 del artículo 6 define la contaminación como "cualquier daño fuera de la instalación causado por contaminación resultante del escape o descarga de petróleo de la instalación e incluye "el costo de las medidas preventivas". El párrafo 7 de la misma Convención define las medidas preventivas como "cualesquiera medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente determinado para prevenir o minimizar el daño por contaminación"; la Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (Convención sobre la Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril o Embarcaciones de Navegación Interior) la cual utiliza una fórmula similar en los párrafos 10 y 11 del artículo 1, ya que incluye en el concepto de daño el costo de las medidas preventivas; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, al referirse al concepto de prevención en la parte XII emplea también términos como "prevenir, reducir y controlar" el daño. (Se ha añadido el subrayado.)

[376]El nuevo párrafo dice lo siguiente:

"Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

e) Se entiende por "medidas de respuesta" aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo.

x) El daño a que se refiere el inciso y) incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado así como los daños que tales medidas hubieran podido ocasionar."

Las letras "x" e "y" representan los eventuales números de los respectivos incisos una vez hecho el ordenamiento final del artículo 2 (A/CN.4/459, pág. 8, párr. 22).

b) La responsabilidad

366. El Relator Especial señaló que todo su noveno informe y parte del décimo trataban de la cuestión de la prevención, tanto en el aspecto de la prevención ex ante como de la prevención ex post. Siguiendo la recomendación de la Comisión, en la parte restante del décimo informe, abordaba el examen de la cuestión de la responsabilidad. Refiriéndose al significado amplio de del concepto de responsabilidad, señaló que, en la fase actual, no deseaba examinar el contenido de las medidas de reparación, que podían ser diferentes de la indemnización en dinero. En esta fase, se ocupaba sólo de la atribución de la responsabilidad y de algunos aspectos relacionados con esa atribución.

i) Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil

367. El informe examinaba cuatro maneras posibles de concebir un régimen de responsabilidad del Estado y de responsabilidad civil. Primera, dejar al Estado totalmente fuera del régimen de responsabilidad y prever solamente la responsabilidad civil del explotador. En los regímenes de este tipo no se impone ningún deber ni obligación a los Estados. Un ejemplo destacado de este tipo de régimen, señaló el Relator, era el de la Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas, elaborada por el Consejo de Europa, en la que no se establecen para los Estados obligaciones de prevención o de otro tipo. Segunda, hacer que el Estado cargue con la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hecho ilícito. En este supuesto, el Estado se convierte en el único actor relevante en todo el régimen. Un ejemplo de este tipo de régimen es la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, en la que el Estado tiene responsabilidad absoluta si el daño se causa en la superficie de la Tierra o en una aeronave en vuelo, pero responde también de los daños causados por su culpa a un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento. Tercera, el explotador tiene responsabilidad objetiva por el daño causado, pero el Estado carga también con la responsabilidad objetiva aunque sólo en la medida en que la parte de indemnización no sea satisfecha por el explotador privado. En este régimen, la responsabilidad del Estado es subsidiaria a la del explotador. Ejemplos destacados de este tipo de régimen son, a juicio del Relator, las convenciones sobre la responsabilidad civil por accidentes nucleares. Cuarta, el explotador carga con la responsabilidad objetiva por el daño causado y el Estado tiene la responsabilidad subsidiaria con respecto a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador, siempre que el Estado haya incumplido las obligaciones que le impone el régimen y que ese incumplimiento pueda relacionarse con el daño causado. El proyecto de protocolo a la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y de su Eliminación es un ejemplo de este tipo de régimen. Según este proyecto de protocolo, el explotador privado tiene la responsabilidad objetiva por los daños, y el Estado tiene responsabilidad subsidiaria por la parte del daño no satisfecha por el explotador privado. Ahora bien, en este régimen la responsabilidad del Estado se sujeta a la prueba de que el Estado haya incumplido una de las obligaciones que le impone el proyecto de protocolo y que, de no haber sido por esta omisión, el daño no se habría producido[377].

[377]Véanse los párrafos 5 y 7 del proyecto de protocolo, documento UNEP/CHW.1/WG.1/1/3.

368. A juicio del Relator Especial, el primero y el segundo de los regímenes mencionados eran inadecuados para este tema. El primer régimen no era pertinente y el segundo régimen, que considera al Estado plenamente responsable, solamente estaba justificado en una convención relativa a los objetos espaciales, porque los negociadores de esa convención consideraban que las actividades espaciales estaban reservadas a los Estados. El tercer régimen parecía apropiado para alguna de las actividades incluidas en este tema, en los casos en que un daño desastroso pueda incapacitar al explotador privado para pagar la indemnización plena y, por consiguiente, la responsabilidad subsidiaria del Estado garantizaría la indemnización de las víctimas inocentes. Señaló que este régimen podría modificarse para atenuar la responsabilidad subsidiaria del Estado creando, por ejemplo, un consorcio de todos los Estados Partes en la Convención o de explotadores privados de los Estados Partes para que asumieran la responsabilidad subsidiaria. En lo que respecta al cuarto régimen, el Relator Especial expresó la inquietud de que no sería razonable exigir de las víctimas, que frecuentemente son particulares, que demuestren que un Estado ha violado las obligaciones que le impone la Convención, ya que esa tarea habitualmente requiere el acceso a información y a tipos de prueba que no estén fácilmente a la disposición de particulares.

369. El Relator Especial sentó dos variantes para el régimen de la responsabilidad del Estado en este tema. Según una variante, aunque el Relator no la consideraba totalmente adecuada, el Estado tendría la responsabilidad subsidiaria con dos condiciones: que el daño causado por el explotador se debiera al incumplimiento por el Estado de las obligaciones que le impone la Convención; y que la responsabilidad del Estado no se limitara a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador[378]. La otra variante establecería la responsabilidad civil del explotador sin que el Estado tuviera la obligación de indemnizar por el daño transfronterizo causado por una actividad. Sin embargo, el Estado quedaría obligado sólo por la omisión de

---

[378]El Relator Especial presentó dos variantes para esta situación. Los textos alternativos dicen lo siguiente:

"La responsabilidad del Estado

Artículo 21

Alternativa A:

Responsabilidad subsidiaria por incumplimiento del Estado

El daño que no hubiera ocurrido si el Estado de origen hubiera cumplido con sus obligaciones de prevención respecto a las actividades del artículo 1 comprometerá la responsabilidad del Estado de origen. Esa responsabilidad se limitará a la parte de la indemnización que no alcanzare a ser satisfecha por aplicación de las provisiones sobre responsabilidad civil establecidas en estos artículos.

Alternativa B:

El Estado de origen no será responsable en ningún caso por las indemnizaciones correspondientes a daños causados por incidentes derivados de las actividades del artículo 1."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 14, párr. 13.

adoptar medidas preventivas, y las consecuencias de esa omisión ya se establecen en la parte segunda de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, a saber: la cesación del acto ilícito, la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición[379]. Por ejemplo, si el Estado de origen permite que una actividad de las comprendidas en el artículo 1 se lleve a cabo sin autorización previa, notificación, etc., no cumpliría con su obligación de ejercer la debida diligencia. Si en este caso se produce un daño transfronterizo, el explotador tendrá responsabilidad objetiva, pero el Estado responderá sólo de las demás consecuencias del incumplimiento de su obligación de ejercer la debida diligencia, es decir, será responsable de su acto ilícito.

ii) La responsabilidad civil

370. El Relator Especial señaló que, en general, las convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por actividades peligrosas han impuesto la responsabilidad objetiva, basándose fundamentalmente en que las víctimas deben ser indemnizadas rápidamente. El informe enumera las características comunes de los regímenes de responsabilidad civil existentes: i) se individualiza claramente al explotador que carga con la responsabilidad y, si hay más de un explotador, su responsabilidad es solidaria y mancomunada; ii) invariablemente al explotador se le obliga a tomar un seguro o a prestar algún tipo de garantía financiera; iii) cuando es posible, se establecen fondos de indemnización; iv) para mejor funcionamiento del sistema, se aplica el principio de no discriminación, es decir, el Estado de origen concede a los no nacionales en sus tribunales nacionales la misma protección que concede a sus nacionales; v) en todas las cuestiones no reguladas directamente por la Convención, es aplicable el derecho del tribunal competente, siempre que ese derecho esté en consonancia con las disposiciones de la Convención; vi) las sentencias ejecutorias en una jurisdicción son también ejecutorias en todas las demás jurisdicciones de las partes en la Convención, salvo que se disponga otra cosa; y vii) las indemnizaciones se conceden en la manera preferida por el titular de la indemnización.

a. La responsabilidad del explotador

371. Una de las características importantes de los regímenes de responsabilidad civil, señaló el Relator Especial, es la clara identificación de la parte responsable del daño causado. Esta claridad tiene la ventaja no sólo de avisar a las partes potencialmente responsables para que hagan todo lo posible para evitar causar daño, sino que también facilita la indemnización de la parte perjudicada en caso de daño. El Relator Especial declaró que un examen de los

---

[379] El artículo adicional dice lo siguiente:

"Artículo A

Responsabilidad internacional del Estado

El incumplimiento por el Estado de origen de las obligaciones de prevención establecidas en esos artículos tendrá las consecuencias que el derecho internacional dispone para la violación de las obligaciones internacionales."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 17, párr. 41.

regímenes de responsabilidad civil mostraba que, en general, la responsabilidad se canalizaba por conducto del explotador, basándose en que el explotador: a) es el que controla la actividad; b) es el que está en mejores condiciones para evitar causar un daño; y c) es el principal beneficiario de la explotación y, por tanto, debe asumir el costo que la explotación suponga para otros. Inspirándose en la Convención sobre la responsabilidad civil de actividades peligrosas para el medio ambiente, que quizá sea la más relevante para este tema dado su carácter general, el Relator Especial propuso disposiciones para definir al explotador y su responsabilidad. El explotador es la personas que ejerce el "control" sobre la actividad. El explotador es responsable del daño transfronterizo significativo que causare su actividad durante el período en que ejerciere su control sobre la actividad. Si hay más de un explotador, la responsabilidad es solidaria, a: a menos que el explotador probare que él ha sido responsable sólo de parte de daño, en cuyo caso responderá sólo de esa parte[379a].

[379a] Los textos propuestos por el Relator Especial dicen lo siguiente:

"Artículo 2

...

Se entiende por "explotador" la persona que ejerce el control de una actividad del artículo 1.

...

Artículo A

Responsabilidad del explotador

El explotador de una actividad del artículo 1 será responsable por todo daño transfronterizo significativo que causare dicha actividad durante los períodos en que ejerciere su control sobre la actividad:

a) En caso de hechos continuados, o de una serie de hechos del mismo origen, los explotadores responsables según el párrafo anterior tendrán responsabilidad solidaria;

b) Si el explotador probare que durante el período del hecho continuado por el que es responsable no se ha producido sino una parte del daño, responderá por esa parte;

c) Si probare que el hecho de la serie del mismo origen por el que fuera responsable sólo ha causado una parte del daño, responderá por esa parte.

Artículo B

Repetición contra terceros

Ninguna disposición de los presentes artículos se opondrá al derecho de recurso que la ley del tribunal competente otorgue al explotador contra cualquier tercero."

Ibíd., pág. 22, párrs. 56 y 57.

b. La obligación de tomar seguro

372. Inspirándose en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil, el Relator Especial propuso disposiciones que requieren la garantía financiera del explotador que realice actividades incluidas en este tema[380]. Estas disposiciones dejarán a los Estados de origen determinar, mediante su derecho interno, el alcance y el objeto de las garantías financieras que deban concertarse. Algunos Estados pueden establecer la obligación de tomar seguro, en tanto que otros pueden establecer otros esquemas financieros en los que participarán los explotadores. La cuantía de las garantías la determinará el Estado de origen en función del riesgo que pueda entrañar una actividad. Cuando haya garantes financieros, las acciones de indemnización podrán ejercerse directamente contra ellos.

c. Tribunal competente

373. El Relator Especial señaló que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil se ha establecido la competencia de diversas jurisdicciones para conocer de las reclamaciones. Entre los órganos con jurisdicción figuran los siguientes: a) los tribunales del lugar en que se produzca el daño; b) los tribunales del lugar donde reside el explotador; c) los tribunales del lugar donde reside el perjudicado; o d) los tribunales del lugar en que deberían haberse adoptado las medidas preventivas. Cada una de estas jurisdicciones tiene ventajas a efectos de la reunión de las pruebas o de la

---

[380]Los textos propuestos por el Relator Especial dicen lo siguiente:

"Artículo C

Las seguridades financieras o el seguro

Para cubrir la responsabilidad establecida por estos artículos, los Estados de origen impondrán, cuando sea apropiado, a los explotadores que conduzcan una actividad peligrosa en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, su participación en un régimen de seguridad financiera o bien que mantengan otra garantía financiera entre ciertos límites que determinarán las autoridades de esos Estados conforme a la evolución del riesgo de la actividad en cuestión y a las condiciones que fije su derecho interno.

Artículo D

Acción directa contra asegurador o garante financiero

Cualquier acción de indemnización podrá ser dirigida directamente contra el asegurador u otra persona que hubiere otorgado las garantías financieras del artículo anterior."

Ibíd., pág. 24, párr. 61.

conveniencia del actor o del demandado. En consecuencia, el texto que ha propuesto prevé sólo las tres primeras jurisdicciones[381].

d. La aplicación de la ley nacional sin discriminación

374. El Relator Especial señaló que, para que los regímenes de responsabilidad civil sean eficaces, las jurisdicciones competentes deben conceder igualdad de trato ante la ley a los nacionales y a los no nacionales, así como a los residentes y a los no residentes. Por tanto, los Estados Partes tal vez tengan que eliminar los obstáculos que puedan conducir a esa discriminación. A su juicio, una disposición de esta naturaleza es necesaria también para estos artículos. Declaró que el principio establecido por el artículo 10 relativo a la no discriminación tal vez lo considere la Comisión suficiente para cumplir esta condición. De lo contrario, en esta parte del proyecto de artículos podría incluirse un artículo específico con un texto similar[382].

---

[381]El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"El tribunal competente

Las acciones por indemnización de daños que correspondan a la responsabilidad civil del explotador sólo podrán interponerse en los tribunales competentes de un Estado miembro, ya sea del afectado, o del Estado de origen, o del Estado donde el explotador responsable tiene su domicilio, o su residencia, o el asiento principal de sus negocios."

[382]El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"Artículo E

Recursos internos

Las Partes proveerán en su derecho interno los recursos judiciales que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por las actividades del artículo 1.

Artículo F

Aplicación de la ley nacional

Los tribunales competentes aplicarán su ley nacional a todas las materias, tanto de fondo como de procedimiento, que no hayan sido específicamente tratadas en estos artículos."

Ibíd., pág. 26, párr. 67.

e. La causalidad

375. Siguiendo a la Convención sobre la responsabilidad civil de actividades peligrosas para el medio ambiente, el informe propuso que un tribunal, al examinar las pruebas relativas al nexo causal entre las actividades y las consecuencias, debe tener debidamente en cuenta el aumento del riesgo de daño que entraña una actividad específica. Sin embargo, el artículo propuesto en el informe no establece la presunción de causalidad entre el incidente y el daño[383].

f. Ejecutoriedad de la sentencia

376. Uno de los elementos esenciales de todo régimen eficaz de responsabilidad civil es la posibilidad de que la sentencia dictada en una jurisdicción sea ejecutoria en otra. De lo contrario, el esfuerzo de la parte que solicite la reparación ante los tribunales nacionales puede ser inútil. Esta es la razón de que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil exista una disposición sobre la ejecutoriedad de las sentencias. No obstante, se prevén algunas excepciones. Entre ellas figuran, por ejemplo, el fraude, la violación de la equidad procesal, en particular cuando la parte contra la que se dicta la sentencia no haya sido notificada con antelación suficiente para preparar la defensa y la sentencia dictada contra la política pública del Estado en el que se pretende la ejecución de la sentencia. Estas disposiciones requieren que la parte que pide la ejecución de la sentencia cumpla las normas procesales del

---

[383]El texto del artículo propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

"Artículo H

Al apreciar la prueba de la causalidad entre el incidente y el daño, el tribunal tendrá debidamente en cuenta el riesgo acrecido de provocar el perjuicio que es inherente a la actividad peligrosa."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 28, párr. 70.

Estado de que se trate para obtener esa ejecución. Partiendo de lo anterior, el Relator Especial propuso una disposición sobre la ejecutoriedad de la sentencia[384].

g. Exenciones de la responsabilidad

377. El fundamento de las exenciones de responsabilidad en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil depende de su objeto y del grado de riesgo que la actividad entraña para otros y para el medio ambiente. Como fundamento de las exenciones de responsabilidad se indican los siguientes: el conflicto armado, los fenómenos naturales imprevisibles de carácter excepcional e irresistible; el resultado de un hecho ilícito e intencional de un tercero; y la negligencia grave de la parte perjudicada. A juicio del Relator Especial, estos fundamentos son igualmente razonables como exenciones de responsabilidad en lo que respecta a los tipos de actividades incluidas en este tema y por lo tanto

[384]El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo I

Ejecutoriedad de la sentencia

1. Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que:

a) La sentencia hubiere sido obtenida mediante fraude;

b) No se hubiere notificado la demanda con antelación razonable para que el demandado pudiera presentar su caso en condiciones debidas;

c) La sentencia fuere contraria al orden público del Estado en que se gestiones su reconocimiento, o no se ajustase a las normas fundamentales de la justicia;

d) La sentencia fuere incompatible con una sentencia anterior dada en el Estado donde se procura el reconocimiento, respecto a una demanda del mismo contenido y entre las mismas partes.

2. Una sentencia reconocida de acuerdo al inciso anterior será ejecutada en cualquier de los Estados miembros desde el momento en que se cumplan las formalidades prescritas por el Estado miembro en que se gestione la ejecución. No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 30, párr. 76.

propuso un artículo sobre exenciones[385]. En lo que respecta a las exenciones de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, concretamente el incumplimiento de las disposiciones preventivas, los fundamentos de la exención son los que figuran en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

h. Régimen de la prescripción

378. En las diferentes convenciones sobre la responsabilidad civil se establecen diversos plazos de prescripción. Estos plazos oscilan entre un año, según la Convención sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, y diez años según la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963. Estos plazos se establecieron teniendo en cuenta diversas consideraciones como, por ejemplo, el plazo dentro del cual el daño puede resultar visible e identificable, el plazo que puede ser razonablemente necesario para determinar un nexo causal entre el daño y una actividad determinada, etc. A juicio del Relator Especial, dado que los tipos de actividades incluidas en este tema son más similares a las incluidas en la Convención sobre Responsabilidad Civil por daño resultante de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, el plazo de prescripción de tres años establecido en esta Convención sería también adecuado para las reclamaciones de indemnización inducidas en este tema. En ningún caso, puede ejercitarse una acción una vez transcurridos 30 años desde la fecha del accidente.

---

[385]El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo J

Exenciones

1. No habrá responsabilidad del explotador:

a) Si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o

b) Si el daño causado fue enteramente por un acto u omisión de un tercero cuya intención hubiere sido causar daño.

2. Si el explotador probare que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión de la persona que sufrió el daño, o por su negligencia, podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona."

Ibíd., pág. 34, párr. 83.

En consecuencia, el Relator propuso un artículo en este sentido[386]. El artículo tendría también en cuenta si la actividad es de carácter continuo o si consiste en una serie de actividades. A su juicio, el plazo de prescripción de tres años debería aplicarse tanto a la responsabilidad del Estado como a la responsabilidad del explotador.

c) Las vías de procedimiento

379. El tipo de controversias que pueden surgir respecto de las actividades comprendidas en estos artículos en la mayoría de los casos enfrentarán a un particular con un Estado. Por ejemplo, si el régimen de responsabilidad prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado, el Estado tal vez tenga que comparecer ante el tribunal de otro Estado para defenderse. El informe examinó diversas posibilidades, pero consideró que la propuesta más apropiada era la hecha por los Países Bajos en el Comité Permanente del Organismo Internacional de Energía Atómica en el sentido de crear un foro único, como una comisión de reclamaciones mixtas, en la que pudieran conocerse y resolverse todos los tipos de reclamaciones que conciernan a Estados y particulares.

C. Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional

1. Texto del proyecto de artículos provisionalmente aprobado por la Comisión hasta la fecha en primera lectura

380. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos provisionalmente aprobado por la Comisión.

---

[386] El texto del artículo propuesto dice lo siguiente:

"Artículo K

Plazos

Las acciones por responsabilidad de estos artículos prescribirán luego de un período de tres años a partir de la fecha en que el actor tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del explotador o del Estado de origen en caso de responsabilidad del Estado. No podrá interponerse acción alguna luego de transcurridos 30 años de la fecha del incidente que causó el daño. Si el incidente consistió en un hecho continuo, los plazos comenzarán a contarse a partir del momento en que comenzó y si consistiera en una serie de ocurrencias del mismo origen, a partir de la última."

Véase el documento A/CN.4/459, pág. 36, párr. 88.

[Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES]*

Artículo 1

Ámbito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realicen en el territorio de un Estado o que de alguna otra manera estén bajo la jurisdicción o el control de dicho Estado y que entrañen un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) Se entiende por "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;

b) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes;

c) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1.

[Capítulo II. PREVENCIÓN]*

Artículo 11*

Autorización previa

Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria en el caso de que se proyecte efectuar un cambio importante que pueda transformar la actividad en una de las actividades a que se refiere el artículo 1.

---

* La designación del capítulo es provisional.

* La numeración actual es provisional y corresponde a la que el Relator Especial propone en sus informes.

Artículo 12

Determinación del riesgo

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo que esa actividad entrañe. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de la actividad sobre las personas o los bienes y en el medio ambiente de otros Estados.

Artículo 13

Actividades preexistentes

Si un Estado, habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos, comprueba que alguna actividad que entraña el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles se está desarrollando en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin la autorización requerida por el artículo 11, ordenará a los responsables de realizarla que obtengan la autorización necesaria. Hasta que se obtenga esa autorización, el Estado podrá permitir a su propio riesgo que continúe la actividad de que se trate.

Artículo 14*

Medidas para prevenir o aminorar el riesgo

Los Estados tomarán disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten las medidas apropiadas para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Artículo 14 bis [20 bis]

No transferencia del riesgo

Al adoptar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles, los Estados velarán por que el riesgo no se traslade simplemente, de manera directa o indirecta, de una zona a otra o se transforme de un tipo de riesgo en otro.

---

* La expresión "prevenir o aminorar el riesgo" de daño transfronterizo, utilizada en éste y en otros artículos, se reconsiderará a la luz de la decisión de la Comisión sobre si el concepto de prevención incluye, además de las medidas orientadas a prevenir o aminorar el riesgo de que se produzca un accidente, las adoptadas, después de ocurrido un accidente, para prevenir o aminorar el riesgo.

Artículo 15

Notificación e información

1. Si la evaluación del artículo 12 indicara que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen notificará sin dilación esa situación a los Estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible y otra información pertinente en que se base la evaluación, indicando un plazo razonable dentro del cual deberán responder.

2. En el caso de que, posteriormente, llegare a conocimiento del Estado de origen la posibilidad de que otros Estados puedan resultar afectados, se lo notificará sin demora.

Artículo 16

Intercambio de información

Durante el desarrollo de la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información pertinente para prevenir o aminorar todo riesgo de causar daños fronterizos sensibles.

Artículo 16 bis

Información al público

En la medida de lo posible y por los medios que corresponda, los Estados facilitarán al público que pueda resultar afectado por alguna de las actividades a que se refiere el artículo 1 información relativa a esa actividad, al riesgo que entrañe y a los daños que pudieran derivarse, y conocerá sus opiniones.

Artículo 17

Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

Artículo 18

Consultas sobre medidas preventivas

1. Los Estados interesados se consultarán, a petición de cualquiera de ellos y sin demora, con miras a encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles y cooperarán en la aplicación de esas medidas.

2. Los Estados buscarán soluciones basadas en el equitativo equilibrio de intereses que se prevé en el artículo 20.

3. Si las consultas mencionadas en el párrafo 1 no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, sin embargo, deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo, sin perjuicio del derecho de cualquier Estado que no haya dado su acuerdo a mantener los derechos que pueda tener en virtud de estos artículos o por otro concepto.

Artículo 19

Derechos del Estado que puede verse afectado

1. Cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada en el territorio de un Estado, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, cualquier otro Estado que tuviere razones fundadas para creer que esa actividad ha creado el riesgo o le ha causado un daño sensible podrá solicitar las consultas del artículo anterior.

2. El Estado que solicite las consultas proporcionará una evaluación técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultare ser una de las previstas en el artículo 1, el Estado que solicite las consultas podrá reclamar del Estado de origen el pago de una parte equitativa del costo de la evaluación.

Artículo 20

Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, incluidos:

a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios de impedir o reducir al mínimo ese riesgo o de reparar el daño;

b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los Estados que puedan resultar afectados;

c) El riesgo de que se cause un daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo o de rehabilitar el medio ambiente;

d) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención exigida por los Estados que puedan resultar afectados y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad;

e) El grado en que los Estados que puedan resultar afectados estén dispuestos a contribuir a los costos de la prevención;

f) Las normas de protección que los Estados que puedan resultar afectados apliquen a la misma actividad o actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

2. Texto del proyecto de artículos 1, 2 (párrafos a), b) y c)), 11 a 14 bis [20 bis], 15 y 16 bis y 17 a 20, con sus correspondientes comentarios, provisionalmente aprobado por la Comisión en su 46º período de sesiones

381. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos 1, 2 (párrafos a), b) y c)), 11 a 14 bis [20 bis], 15 y 16 bis y 17 a 20, con sus correspondientes comentarios, provisionalmente aprobado por la Comisión en su 46º período de sesiones.

Comentario general

1) La civilización actual, basada en la ciencia, se caracteriza por un uso cada vez más intenso, de muchas formas diferentes, de los recursos del planeta, con fines económicos, industriales o científicos. Además, la escasez de recursos naturales, la necesidad de una utilización más eficiente de los recursos, la creación de recursos sustitutivos y la capacidad para manipular organismos y microorganismos se han traducido en métodos de producción innovadores, a veces con consecuencias imprevisibles. Por la interdependencia económica y ecológica, las actividades que implican la utilización de recursos que se encuentran dentro del territorio, la jurisdicción o el control de un Estado pueden tener efectos perjudiciales en otros Estados o en los nacionales de éstos. Este aspecto real de la interdependencia mundial ha quedado demostrado por acontecimientos que, con frecuencia, han producido daños fuera de la jurisdicción territorial o del control del Estado en que la actividad se realizaba. La frecuencia con que se realizan actividades permitidas por el derecho internacional pero con consecuencias perjudiciales transfronterizas, unida a los avances científicos y a un mayor conocimiento del alcance de esos daños y de sus consecuencias ecológicas, determinan la necesidad de alguna reglamentación internacional en esa materia.

2) La base jurídica para la reglamentación internacional de esas actividades ha sido articulada en la práctica de los Estados y en las decisiones judiciales, especialmente por la Corte Internacional de Justicia en el asunto del estrecho de Corfú, en el que la Corte observó que no había "principios generales ampliamente reconocidos" de derecho internacional sobre la "obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para actos contrarios a los derechos de los demás Estados"[387]. El tribunal del asunto de la Fundición de Trail llegó a una conclusión análoga al decir que "de acuerdo con los principios del derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes"[388].

3) El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano apoya también el principio de que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos con arreglo a su propia normativa ambiental y la obligación de "asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción

---

[387] Affaire du Detroit de Corfou (fond) (Reino Unido c. Albania), C. I. J. Recueil 1949, pág. 22.

[388] Affaire de la Fonderie de Trail, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. III, pág. 1965 (1949).

o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional"[389]. Ese Principio 21 fue reafirmado en las siguientes resoluciones de la Asamblea General: resolución 2995 (XXVII), de 15 de diciembre de 1972, sobre cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente[390]; resolución 3129 (XXVIII), de 13 de diciembre de 1973, sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados[391], y resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, por la que se aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[392], así como en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[393]. Además, el párrafo 1 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General aclaró más el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, al decir que "en la exploración, explotación y el desarrollo de sus recursos naturales, los Estados no deben causar efectos perjudiciales sensibles en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional"[394]. Este principio encuentra también apoyo en los principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, del PNUMA[395], y en algunas recomendaciones del Consejo de la OCDE[396]. El proyecto de artículos sigue el principio sólidamente establecido de sic utere tuo ut alienum non laedas (usa tus bienes de manera que no causes daños a los bienes ajenos) en derecho internacional. Como enuncia Lauterpacht, esta máxima "es aplicable a las relaciones entre los Estados no menos que a las relaciones entre individuos; ... es uno de esos principios generales del derecho ... que la Corte tiene que aplicar en virtud del artículo 38 de su Estatuto"[397].

4) Las declaraciones y la doctrina judiciales y las declaraciones de organizaciones internacionales y regionales, juntamente con las formas no judiciales de la práctica de los Estados, ofrecen base suficiente para los siguientes artículos, que tienen por objeto establecer unas normas de comportamiento en lo que se refiere a la realización y los efectos de

---

[389] Documento A/CONF.48/Rev.1.

[390] Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 30 (A/8730), pág. 47.

[391] Ibíd., vigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 30, (A/9030), pág. 53.

[392] Ibíd., vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 30, A/9631), pág. 55 (véanse especialmente los artículos 2, 30 y 32, 2).

[393] Documento A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

[394] Véase nota 390 supra.

[395] UNEP/IG 12/2 (1978); la versión inglesa se reproduce en International Legal Materials, vol. XVII, pág. 1097.

[396] Véase la recomendación c(74) 224 del Consejo de la OCDE, de 1974, relativa a la contaminación transfronteriza (anexo B), OCDE, OECD and the Environment, 1986, pág. 142; la recomendación c(74) 220, de 1974, sobre el control de la eutroficación de las aguas, ibíd., pág. 44; y la recomendación c(74) 221, de 1974, sobre estrategias para el control de determinados contaminantes del agua, ibíd., pág. 45.

[397] Oppenheim, International Law (8ª edición revisada por H. Lauterpacht, 1955), vol. I, pág. 291.

actividades no prohibidas por el derecho internacional pero que pueden tener consecuencias perjudiciales transfronterizas. Los artículos desarrollan más detenidamente las obligaciones específicas de los Estados a ese respecto, y reconocen la libertad de los Estados para utilizar sus recursos dentro de sus propios territorios pero de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados.

5) La Comisión decidió en 1992 abordar el tema en etapas. La primera etapa se ocupa de las cuestiones relativas a la prevención de los daños transfronterizos de las actividades con riesgo de causar esos daños. Los artículos siguientes tratarán sólo de esa cuestión determinada.

[Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES]*

Artículo 1

Ámbito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realizan en el territorio de un Estado o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, y que entrañan un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) En el artículo 1 se define el ámbito de aplicación de los artículos cuyo objeto concreto es tratar de las medidas que se han de adoptar para prevenir el daño transfronterizo de las actividades que entrañan un riesgo de causar dicho daño.

2) El artículo 1 limita el ámbito de aplicación de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional y realizadas en el territorio de un Estado o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, y que entrañan un riesgo de causar daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas. La Comisión es consciente de la necesidad de criterios adicionales que permitan determinar con más precisión el tipo de actividades a las que han de aplicarse estos artículos. Por eso, tiene la intención de examinar más adelante esta cuestión y de recomendar una disposición que defina las actividades de que se trata, o una disposición que enumere esas actividades o que especifique de alguna otra manera su carácter. Esta definición del ámbito de aplicación contiene ahora cuatro criterios.

---

* La numeración del capítulo es provisional.

3) El primer criterio se refiere al título del tema, a saber, que los artículos se aplican a "actividades no prohibidas por el derecho internacional"[398]. Este criterio recalca la distinción entre el alcance de este tema y el del tema de la responsabilidad de los Estados que trata de "hechos internacionalmente ilícitos".

4) El segundo criterio es que las actividades a que son aplicables las medidas preventivas se realizan "en el territorio de un Estado o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control". Tres conceptos se utilizan en este criterio: "territorio", "jurisdicción" y "control". Aunque la expresión "jurisdicción o control de un Estado" es la fórmula más comúnmente usada en algunos instrumentos[399], la Comisión considera útil mencionar también el concepto de "territorio" para subrayar la importancia del vínculo territorial, cuando existe ese vínculo, entre las actividades con arreglo a estos artículos y un Estado.

5) A los efectos de estos artículos, "territorio" se refiere a las zonas sobre las que un Estado ejerce su autoridad soberana. La Comisión se apoya en la práctica de los Estados en el pasado, con arreglo a la cual se ha hecho responsable a un Estado de actividades realizadas en su territorio que tenían efectos perjudiciales extraterritoriales. En el asunto de la Isla de Palmas, Max Huber, el único árbitro, declaró que la "soberanía" no consiste por entero en derechos beneficiosos. La reclamación por un Estado de jurisdicción exclusiva sobre un determinado territorio o unos determinados hechos, complementada con la demanda de que todos los demás Estados reconozcan esa jurisdicción exclusiva, tiene su corolario. Indica a todos los demás Estados que el Estado soberano tendrá en cuenta los intereses razonables de todos los demás Estados con respecto a los hechos ocurridos dentro de su jurisdicción, reduciendo o previniendo los daños a esos Estados, y admitirá su responsabilidad de no hacerlo así:

> "En las relaciones entre los Estados soberanía quiere decir independencia. La independencia respecto de una parte del globo es el derecho a ejercer allí, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados en los últimos siglos y, como corolario, el desarrollo del derecho internacional han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio de tal manera que se convierte en el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que atañen a las relaciones internacionales"[400].

---

[398] La Comisión todavía no ha cambiado en el título del tema la palabra "actos" por "actividades". La utilización por la Comisión de la palabra "actividades" en los artículos se ha hecho atendiendo a las recomendaciones del Grupo de Trabajo creado por la Comisión en 1992 en el sentido de que la Comisión decidiera "mantener su hipótesis de trabajo de que el tema versaba sobre "actividades"". Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/47/10), párr. 348.

[399] Véase por ejemplo el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, Informe de la Conferencia de Estocolmo, documento de las Naciones Unidas A/CONF.48/14; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, documento de las Naciones Unidas A/CONF.62/122, artículo 194, párr. 2; el Principio 2 de la Declaración de Río, documento de las Naciones Unidas A/CONF.151/26 (vol. I), pág. 2; y el artículo 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992, documento DPI/1307.

[400] Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, pág. 838.

6) El juez Huber subrayó después la obligación que acompaña al derecho soberano de un Estado:

> "La soberanía territorial, como se ha dicho, entraña el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de los demás Estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero. A menos que manifieste su soberanía territorial de una manera que corresponda a las circunstancias, el Estado no puede cumplir con este deber. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es a excluir las actividades de otros Estados; porque sirve para compartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima de que es custodio el derecho internacional"[401].

7) El asunto del Estrecho de Corfú es otro ejemplo oportuno. En este caso la Corte Internacional de Justicia hizo responsable a Albania, en virtud del derecho internacional, de las explosiones que se produjeron en sus aguas y de los daños materiales y humanos que causaron esas explosiones en buques británicos. La Corte, en ese caso, se apoyó en el derecho internacional frente a cualquier acuerdo especial que pudiera haber hecho responsable a Albania. La Corte dijo así:

> "Las obligaciones que recaían sobre las autoridades albanesas consistían en notificar, en interés de la navegación en general, la existencia de un campo minado en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se acercaban del peligro inminente al que las minas les exponían. Tales obligaciones se basan no en el Convenio VIII de La Haya de 1907 que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales ampliamente reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempos de paz que en tiempo de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados."[402]

8) Aunque la Corte no especificó cómo debía interpretarse "a sabiendas" cuando un Estado ha de ejercer su jurisdicción, sacó ciertas conclusiones del ejercicio exclusivo del control territorial por el Estado. La Corte declaró que sería imposible que la parte lesionada demostrara que el Estado tenía conocimiento de la actividad o del hecho que causaría daños a otros Estados debido al control exclusivo por el Estado territorial. La Corte dijo así:

> "Por otra parte, este control territorial exclusivo ejercido por el Estado dentro de sus fronteras tiene su influencia en los métodos de prueba disponibles para determinar el conocimiento de ese Estado en cuanto a esos hechos. Por razón de este control exclusivo, el otro Estado, la víctima de una infracción del derecho internacional, a menudo no puede proporcionar la prueba directa de los hechos que dan origen a la responsabilidad. Debe permitirse que ese Estado recurra más ampliamente a las presunciones

---

401 Ibíd., pág. 839.

402 C.I.J. Recueil 1949, pág. 22.

de hecho y a las pruebas circunstanciales. Esta prueba indirecta se admite en todos los sistemas jurídicos y su uso está sancionado por la jurisprudencia internacional. Debe atribuirsele peso especial cuando se basa en una serie de hechos vinculados entre sí y que conducen lógicamente a una misma conclusión."[403]

9) En el caso de la Fundición de Trail, el tribunal se refirió a la obligación que acompaña a la soberanía territorial. En ese caso, aunque el Tribunal aplicaba las obligaciones creadas por un tratado entre los Estados Unidos y el Dominio del Canadá y había examinado muchos de los asuntos de los Estados Unidos, hizo una declaración general que consideró compatible con los principios del derecho internacional. El Tribunal sostuvo lo siguiente: "De acuerdo con los principios del derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes"[404]. El Tribunal citó al profesor Eagleton en el sentido de que "un Estado tiene en todo momento el deber de proteger a otros Estados contra actos lesivos de individuos dentro de su jurisdicción" y señaló que las decisiones internacionales, desde el asunto del Alabama, se basan en el mismo principio general[405].

10) En el laudo del lago Lanós, el Tribunal mencionó el principio que prohíbe al Estado ribereño del curso superior alterar las aguas de un río si causa graves daños a otros Estados ribereños:

> "Así, admitiendo que existe un principio que prohíbe al Estado ribereño del curso superior alterar las aguas de un río en unas condiciones que puedan causar graves daños al Estado ribereño del curso inferior, tal principio no es aplicable en el presente caso pues el Tribunal admitió ... que el proyecto francés no alteraba las aguas del Carol."[406]

11) Otras formas de práctica de los Estados han apoyado también el principio sostenido en las decisiones judiciales antes mencionadas. Por ejemplo, en 1892, en un incidente fronterizo entre Francia y Suiza, el Gobierno francés decidió poner fin a los ejercicios militares de prácticas de tiro en las cercanías de la frontera suiza hasta que se hubieran tomado medidas para evitar daños transfronterizos accidentales[407]. Asimismo, a raíz de un intercambio de notas efectuado en 1961 entre los Estados Unidos y México acerca de dos empresas de los Estados Unidos, Payton Packing y Casuco, situadas en la frontera mexicana, cuyas actividades eran perjudiciales para México, las dos empresas adoptaron

---

[403] Ibíd., pág. 18.

[404] Naciones Unidas, Recueil de sentences arbitrales, vol. III, pág. 1965.

[405] Naciones Unidas, Recueil de sentences arbitrales, vol. III, pág. 1963, C. Eagleton, Responsibility of States in International law, 1928, pág. 80.

[406] Arbitraje del lago Lanós (Francia-España), Naciones Unidas, Recueil de sentences arbitrales, vol. XII, pág. 281.

[407] P. Guggenheim, "La pratique suisse (1956)", Annuaire suisse de droit international, 1957, (Zurich), vol. XIV, pág. 168.

medidas importantes para garantizar que sus operaciones cesaran de crear molestias en las ciudades de la frontera mexicana[408]. Estas medidas incluían el escalonamiento de ciertas actividades, la modificación del horario de trabajo y el establecimiento de sistemas de desinfección[409]. En 1972 el Canadá invocó el principio de la Fundición de Trail contra los Estados Unidos cuando un derrame de petróleo en Cherry Point, Washington, provocó la contaminación de las playas de la Columbia británica[410]. Hay algunos otros ejemplos de práctica de los Estados en el mismo sentido[411].

12) El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano[412] y el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[413] prescriben principios similares a los de la Fundición de Trail y el estrecho de Corfú.

---

[408] M. M. Whiteman, ed., Digest of International Law, (Washington D.C.), vol. 6, págs. 258 y 259.

[409] Ibíd.

[410] Véase Canadian Yearbook of International Law, vol. 11, págs. 333 y 334, 1973. El principio de la Fundición de Trail fue aplicado también por el Tribunal de distrito de Rotterdam en los Países Bajos en el asunto contra las Mines Domaniales de Potasse d'Alsace. Véase J. G. Lammers, Pollution of International Watercourses, pág. 198.

[411] En Dukovany, en la antigua Checoslovaquia, dos reactores de diseño soviético de 440 megavatios de potencia eléctrica estaban programados para funcionar en 1980. La proximidad de la frontera austríaca originó una petición del Ministerio de Relaciones Exteriores austríaco para sostener conversaciones con Checoslovaquia en relación con la seguridad de la instalación. Esto fue aceptado por el Gobierno checoslovaco. Osterreichische Zeitschift fur Aussenpolitik, vol. 15, pág. 1, citado en G. Handl, "Conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting", Ecology Law Quarterly, Berkeley, Cal. vol. 7, 1978, pág. 1. En 1973 el Gobierno belga anunció su propósito de construir una refinería en Lanaye, cerca de su frontera con los Países Bajos. El Gobierno de los Países Bajos expresó su preocupación porque el proyecto suponía una amenaza no sólo para el parque nacional próximo de los Países Bajos sino también para otros países vecinos. Declaró que era un principio establecido en Europa que antes de iniciar un Estado cualesquiera actividades que pudieran causar daños a los Estados vecinos, debía negociar con esos Estados. El Gobierno de los Países Bajos parece haberse referido a una norma de conducta regional existente o prevista. Expresó una preocupación similar el Parlamento belga, que preguntó al Gobierno cómo se proponía resolver el problema. El Gobierno declaró que el proyecto se había pospuesto y que la cuestión se estaba negociando con el Gobierno de los Países Bajos. El Gobierno belga aseguró además al Parlamento que respetaba los principios establecidos en los acuerdos del Benelux, en el sentido de que las partes debían informarse mutuamente de aquellas de sus actividades que pudieran tener consecuencias perjudiciales para los demás Estados miembros. Parlamento de Bélgica, boletín Questions et réponses, 19 de julio de 1973.

[412] Véase el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, documento A/CONF.48/Rev.1.

[413] Véase el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, documento A/CONF.151/26 (vol. I).

13) El uso del término "territorio" en el artículo 1 se deriva de preocupaciones acerca de una posible incertidumbre en el derecho internacional contemporáneo en cuanto a la medida en que un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial con respecto a ciertas actividades. A juicio de la Comisión, a los fines de estos artículos, jurisdicción territorial es el criterio dominante. En consecuencia, cuando una actividad se produce dentro del territorio de un Estado, ese Estado debe cumplir las obligaciones relativas a las medidas preventivas. El "territorio" se toma pues como prueba concluyente de jurisdicción. Por consiguiente, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad incluida en estos artículos, prevalece la jurisdicción de base territorial. Sin embargo, la Comisión tiene presente que hay situaciones en las que un Estado, con arreglo al derecho internacional, ha de ceder su jurisdicción dentro de su territorio a otro Estado. El ejemplo primordial de tal situación es el paso inocente de un buque extranjero por el mar territorial o las aguas territoriales. En tales situaciones, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado territorial el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos.

14) La Comisión es consciente de que el concepto de "territorio" a efectos de estos artículos es limitado y por eso se utilizan también los conceptos de "jurisdicción" y "control".

15) La expresión "jurisdicción" de un Estado abarca, además de las actividades realizadas dentro del territorio de un Estado, las actividades sobre las cuales, en virtud del derecho internacional, un Estado está autorizado a ejercer su competencia y autoridad. La Comisión es consciente de que las cuestiones relacionadas con la determinación de la jurisdicción son complejas y a veces constituyen el núcleo de una controversia. En este artículo no se pretende ciertamente resolver todas las cuestiones de conflictos de jurisdicción.

16) Debido en ocasiones a la localización de la actividad, no hay vínculo territorial entre un Estado y las actividades, como, por ejemplo, las que tienen lugar en el espacio ultraterrestre o en la alta mar. El ejemplo más común es la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque. Las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar han abarcado muchas capacidades jurisdiccionales del Estado del pabellón.

17) Las actividades pueden realizarse también en lugares donde en virtud del derecho internacional hay más de un Estado autorizado a ejercer jurisdicciones particulares que no son incompatibles. Las esferas más comunes en que hay jurisdicciones funcionales mixtas son la navegación y el paso por el mar territorial, la zona contigua y las zonas económicas exclusivas. En tales circunstancias, el Estado que está autorizado a ejercer su jurisdicción sobre la actividad comprendida en este tema debe, por supuesto, cumplir las disposiciones de estos artículos.

18) En casos de jurisdicción concurrente de más de un Estado sobre las actividades comprendidas en estos artículos, los Estados, individualmente y cuando proceda conjuntamente, cumplirán las disposiciones de estos artículos.

19) La Comisión toma nota de la función del concepto de "control" en derecho internacional, que es atribuir ciertas consecuencias jurídicas a un Estado cuya jurisdicción sobre determinadas actividades o hechos no es reconocida por el derecho internacional; abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción de facto aun cuando carezca de jurisdicción de jure, como en casos

de intervención, ocupación y anexión ilícita que no han sido reconocidos en el derecho internacional. La Comisión se apoya a este respecto en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad[414]. En ese asunto la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte declaró ilegal y considerar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control de facto de Sudáfrica sobre Namibia. La Corte sostuvo lo siguiente:

> "El hecho de que Sudáfrica no tenga ya ningún título para administrar el Territorio no la libera de las obligaciones y responsabilidades que el derecho internacional le impone para con otros Estados y que están relacionadas con el ejercicio de sus poderes en este Territorio. Es el control material sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados."[415]

20) El concepto de control puede utilizarse también en casos de intervención para atribuir ciertas obligaciones a un Estado que ejerce control por contraposición a jurisdicción. La intervención en este caso se refiere a un control efectivo a corto plazo por un Estado sobre hechos o actividades sometidos a la jurisdicción de otro Estado. A juicio de la Comisión, en tales casos, si el Estado jurisdiccional demuestra que había sido privado efectivamente del ejercicio de su jurisdicción sobre las actividades comprendidas en estos artículos, el Estado que ejerce el control será considerado responsable de cumplir las obligaciones que imponen estos artículos.

21) El tercer criterio es que las actividades comprendidas en estos artículos deben entrañar un "riesgo de causar... un daño transfronterizo sensible". La expresión se define en el artículo 2 (véase el comentario al artículo 2). El elemento de riesgo tiene por objeto limitar el ámbito del tema, en la presente etapa de los trabajos, a las actividades de riesgo y en consecuencia excluir de ese ámbito las actividades que de hecho causan daños transfronterizos en su funcionamiento normal, como por ejemplo la contaminación progresiva. Las palabras "daño transfronterizo" tienen por objeto excluir las actividades que sólo causan daño en el territorio del Estado dentro del cual se realizan o aquellas actividades que causan daños en los llamados espacios públicos internacionales per se pero sin causar daños a cualquier otro Estado.

22) El cuarto criterio es que el daño transfronterizo sensible ha de haber sido causado por las "consecuencias físicas" de esas actividades. La Comisión convino en que con el fin de dar a este tema un alcance manejable debía excluirse el daño transfronterizo que pueden causar las políticas de los Estados en la esfera monetaria, socioeconómica o en esferas similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan consecuencias físicas transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible.

23) El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto implica una conexión de un tipo muy concreto, una

---

[414] C. I. J. Recueil 1971, pág. 14.

[415] Ibíd., párr. 118.

consecuencia que surja o pueda surgir de la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate, en respuesta a una ley natural. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben tener una cualidad física y que las consecuencias deben derivarse de esa cualidad, no de una decisión de política. Así, el almacenamiento de armas no entraña la consecuencia de que las armas almacenadas se dediquen a un uso beligerante. Sin embargo, este almacenamiento puede caracterizarse como actividad que, debido a las propiedades explosivas o incendiarias de los materiales almacenados, entrañe un riesgo inherente de accidente desastroso.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) Se entiende por "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;

b) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en lugares bajo su jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes;

c) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1.

...

Comentario

1) El párrafo a) define el concepto de "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" como el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas posibilidades de causar otro daño sensible. La Comisión estima que, en lugar de definir por separado los conceptos de "riesgo" y "daño", resulta más conveniente definir la expresión "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible", por la mutua relación existente entre "riesgo" y "daño" y por la relación entre esos dos términos y el adjetivo "sensible".

2) A los efectos de los presentes artículos el "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y a la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente, es ese efecto combinado de "riesgo" y "daño" el que determina el límite. A este respecto, la Comisión se inspiró en el Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas[416], aprobado por la Comisión Económica para Europa en 1990. De conformidad con el párrafo f) del artículo 1 del Código de Conducta, "se entiende por riesgo el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un acontecimiento indeseable y de su magnitud;". La Comisión de Derecho Internacional opina que

[416] Documento E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16.

una definición basada en el efecto combinado de "riesgo" y "daño" es más conveniente para estos artículos, y que el efecto combinado debe alcanzar un nivel que se considere sensible. La opinión dominante en la Comisión es que las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas, a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a casi todas las actividades, dado que las que se examinan no están prohibidas por el derecho internacional. La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados interesados.

3) La definición del párrafo anterior tiene en cuenta una serie de relaciones comprendidas entre el "riesgo" y el "daño" que alcanzarían todas el nivel de "sensibles". La definición determina los dos polos entre los que quedarán comprendidas las actividades previstas en esos artículos. Un polo es el de las pocas probabilidades de causar un daño catastrófico. Esta es normalmente la característica de las actividades sumamente peligrosas. El otro polo es el de las muchas posibilidades de causar otro daño sensible. Comprende las actividades que tienen muchas probabilidades de causar un daño que, aunque no sea catastrófico, no por ello deja de ser sensible. Sin embargo, excluiría las actividades en que hubiera muy pocas probabilidades de causar daños transfronterizos sensibles. La palabra "implica" de la línea segunda tiene por objeto subrayar la intención de que la definición ofrece una gama dentro de la cual quedarán comprendidas las actividades previstas en el artículo.

4) Por lo que se refiere al significado de la palabra "sensible" ("significant"), la Comisión tiene conciencia de que no carece de ambigüedades y de que habrá que precisarla en cada caso concreto, lo que exigirá más consideraciones de hecho que decisiones jurídicas. Hay que entender que "sensible" es algo más que "detectable" pero sin que llegue a alcanzar el nivel de "grave" o "sustancial". El daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.

5) La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas. Las actividades legítimas que realizan los Estados dentro de sus propios territorios tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no alcancen el nivel de "sensibles", se consideran tolerables. Teniendo en cuenta que las obligaciones impuestas a los Estados por esos artículos tratan de actividades no prohibidas por el derecho internacional, el límite de la intolerancia del daño no puede situarse por debajo de lo "sensible".

6) El concepto de límite se refleja en el laudo sobre el caso de la Fundición de Trail, que habla de "consecuencias graves"[417], así como en el Tribunal del asunto del lago Lanós, que emplea el término "gravemente"[418]. Algunas convenciones han utilizado también para fijar un límite las palabras

---

[417] Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. III, pág. 1965.

[418] Ibíd., vol. XII, pág. 308.

"sensible" ("significant"), "grave" ("serious") o "sustancial" ("substantial")[419]. La palabra "sensible" ("significant") se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales[420].

7) La Comisión opina también que la palabra "sensible", aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una privación determinada, en un momento determinado, puede no considerarse "sensible" porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana de un recurso determinado no habían llegado a un punto en que se atribuyera mucha utilidad a ese recurso concreto. Sin embargo, algún tiempo más tarde esa opinión podría cambiar y el mismo daño ser considerado "sensible".

8) El párrafo b) define el "daño transfronterizo" como el daño causado en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distintos del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes. Esa definición incluye, además del caso típico de una actividad realizada dentro de un Estado que produce efectos perjudiciales en otro, las actividades

---

[419] Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, aprobada el 2 de junio de 1988, International Legal Materials, vol. XXVIII, pág. 868; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, aprobada el 25 de febrero de 1991 (E/ECE/1250), reproducida en International Legal Materials, vol. XXX, pág. 800; y el párrafo b) del artículo I del Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, aprobado en 1990 (E/ECE/1225).

[420] Véase, por ejemplo, los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 30, pág. 42 (1973); el párrafo 6 de la recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza, 1974, OCDE, Non Discrimination in Relations to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents, pág. 35 (1978), reproducido también en International Legal Materials, vol. XIV, pág. 246 (1975); el artículo 10 de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, Asociación de Derecho Internacional, Report of the Fifty-Second Conference (Helsinki, 1966), pág. 496; y el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965, OEA, Ríos y Lagos Internacionales, pág. 132 (4ª ed., 1971).

Véase también el Memorando de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, 32 U.S.T., pág. 2541 y T.I.A.S. Nº 9856; y el artículo 7 del Acuerdo de 1983 entre México y los Estados Unidos para cooperar en la solución de los problemas ambientales en la zona fronteriza, International Legal Materials, vol. XXII, pág. 1025 (1983).

Los Estados Unidos han utilizado asimismo la palabra "significant" en su derecho nacional sobre cuestiones ambientales. Véase The American Law Institute, Restatement of the Law, Section 601, Reporter's Note 3, págs. 111 y 112.

realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo en alta mar, que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control. Comprende, por ejemplo, los efectos perjudiciales en buques o plataformas de otros Estados que se encuentren igualmente en alta mar, e incluirá asimismo las actividades realizadas en el territorio de un Estado que tengan consecuencias perjudiciales en, por ejemplo, los buques o plataformas de otro Estado en alta mar. La Comisión no puede prever todas las formas futuras posibles de "daño transfronterizo". No obstante, quiere dejar bien sentado que su intención es que se pueda trazar una línea y distinguir claramente entre el Estado al que sea atribuible la actividad comprendida en esos artículos y el Estado que sufra los efectos perjudiciales. Las líneas de separación son las fronteras territoriales, las fronteras jurisdiccionales y las fronteras de control. Por consiguiente, el término "transfronterizo" de la expresión "daño transfronterizo" debe entenderse en el contexto de la frase "en el territorio de un Estado, o que de alguna otra manera estén bajo la jurisdicción o control de dicho Estado" que se utiliza en el artículo 1.

9) En el párrafo c) se introduce la expresión "Estado de origen" para referirse al Estado en cuyo territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1. (Véase el comentario al artículo I, párrs. 4 a 20.)

[Capítulo II. PREVENCIÓN]*

Artículo 11**

Autorización previa

Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria cuando se proyecte efectuar un cambio importante que pueda transformar la actividad de que se trate en una de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Comentario

1) Este artículo impone a los Estados la obligación de velar por que las actividades que creen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible no se realicen en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. La palabra "autorización" significa la concesión por las autoridades gubernamentales del permiso necesario para realizar una de las actividades a que se refieren esos artículos. Los Estados son libres de escoger la forma que ha de adoptar esa autorización.

---

* La designación del capítulo es provisional.

** La numeración actual es provisional y corresponde a la que el Relator Especial propone en sus informes.

2) La Comisión opina que el requisito de autorización obliga a un Estado a determinar si una actividad con posible riesgo de causar un daño transfronterizo sensible se está realizando en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, y que ese Estado debe tomar las medidas que se indican en estos artículos. Este artículo obliga a los Estados a desempeñar un papel más responsable y activo en la reglamentación de las actividades que se realizan en su territorio o bajo su jurisdicción o control con riesgo de daño transfronterizo sensible. La Comisión toma nota, a este respecto, de que el tribunal que entendió en el caso de la Fundición de Trail sostuvo que el Canadá tenía "la obligación... de velar por que esa conducta se ajustara a la obligación que, como aquí se determina, tenía el Dominio con arreglo al derecho internacional"[421]. El tribunal mantuvo, en particular, que "debe exigirse de la Fundición Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington"[422]. En opinión de la Comisión, el artículo 11 es compatible con ese requisito.

3) La Corte Internacional de Justicia en el asunto del Estrecho de Corfú mantuvo que todo Estado tiene la obligación de "no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados"[423]. A juicio de la Comisión, el requisito de autorización previa crea la presunción de que las actividades a que se refieren estos artículos se realizan en el territorio, o de alguna otra manera bajo la jurisdicción o el control de un Estado, con el conocimiento del mismo.

4) Las palabras "en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control" están tomadas del artículo 1. Las palabras "actividades a que se refiere el artículo 1" enuncian todos los requisitos de ese artículo para que una actividad quede incluida en el ámbito del proyecto de artículos.

5) La segunda frase del artículo 11 se refiere a aquellas situaciones en que se proyecta un cambio importante en la realización de una actividad que, sin ese cambio, es inocua, pero que el cambio proyectado transformaría en una de las actividades que crea un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Para efectuar ese cambio se requeriría también la autorización del Estado. Es evidente que se requerirá asimismo esa autorización para cualquier cambio importante que se proyecte en una de las actividades a que se refiere el artículo 1, siempre que ese cambio pueda agravar el riesgo o modificar la naturaleza o el alcance del mismo.

Artículo 12

Determinación del riesgo

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo de que la actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados.

---

[421] Nota 404 supra, págs. 1965 y 1966.

[422] Ibid., pág. 1966.

[423] C. I. J. Recueil, 1949, pág. 22.

Comentario

1) En virtud del artículo 12, todo Estado, antes de conceder la autorización necesaria a los responsables de la realización de una de las actividades a que se refiere el artículo 1, debería velar por que se proceda a determinar el riesgo de que esa actividad pueda causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permite al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar. La Comisión opina que, dado que estos artículos están destinados a tener una aplicación global, no pueden ser demasiado detallados. Deben contener únicamente aquellos elementos que sean necesarios para su mayor claridad.

2) La evaluación de las consecuencias en el caso de la Fundición de Trail quizá no guarde relación directa con la responsabilidad del riesgo, pero recalca la importancia de evaluar las consecuencias de una actividad que entrañe riesgos sensibles. En dicho caso el tribunal indicó que el estudio realizado por conocidos científicos de reconocida reputación era "probablemente el más concienzudo de los hasta el momento efectuados en cualquier sector sometido a la contaminación atmosférica causada por humos industriales"[424].

3) El requisito que se establece en el artículo 12 está en plena consonancia con el Principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que prevé también la realización de una evaluación del impacto ambiental de las actividades que probablemente hayan de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente:

> "Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente."[425]

[424] Nota 404 supra, págs. 1973 y 1974.

[425] A/CONF.151/Rev.1 (vol. I), pág. 5.

El requisito de evaluación de los efectos negativos de una actividad se ha incluido de distintas formas en muchas convenciones internacionales[426]. El caso más notable es el de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, que está íntegramente consagrada al procedimiento de realización de la evaluación ambiental y al contenido de la misma[427].

4) La cuestión de quién debe llevar a cabo la determinación del riesgo se deja a la discreción de los Estados; normalmente es efectuada por operadores que se atienen a ciertas directrices establecidas por los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados sobre la base de su legislación interna o los instrumentos internacionales aplicables. No obstante, se supone que el Estado designará una autoridad, gubernamental o no gubernamental, que examine la evaluación en nombre del gobierno, y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad.

5) El artículo no especifica cuál debería ser el contenido de la determinación del riesgo. Es evidente que la determinación del riesgo de una actividad no puede llevarse eficazmente a cabo más que en tanto en cuanto relacione el riesgo con el posible daño que de éste pueda derivarse. La mayor parte de las

---

[426] Véanse, por ejemplo, los artículos 205 y 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, A/CONF.62/122; el artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, de 2 de junio de 1988, International Legal Materials, vol. 28, pág. 868; el artículo 8 del Protocolo (al Tratado Antártico) sobre la Protección del Medio Ambiente, de 4 de octubre de 1991, ibíd., vol. 30, pág. 1461; los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, documento DPI/1307; el artículo 14 del Acuerdo de la ASEAN sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, de 9 de julio de 1985, en Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, pág. 343; el Convenio de Noumea para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico Sur, de 24 de noviembre de 1986, International Legal Materials, vol. 26, pág. 38; el artículo XI del Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, de 24 de abril de 1978, ibíd., vol. 17, pág. 511; y el Convenio Regional de Jeddeh para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Adén, de 14 de febrero de 1982, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, pág. 144. En algunos tratados, el requisito de evaluación de las consecuencias se encuentra implícito. Tal es, por ejemplo, el caso de los dos tratados multilaterales relativos a sistemas de comunicaciones, que exigen que sus signatarios utilicen sus instalaciones de modo que no ocasionen interferencias en las instalaciones de otros Estados Partes. El párrafo 2 del artículo 10 de la Convención Radiotelegráfica Internacional de 1927 exige que las Partes en la Convención establezcan y exploten sus estaciones de manera que no perturben las comunicaciones radioeléctricas de otros Estados contratantes o de personas autorizadas por los mismos. Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. LXXXIV, pág. 97. También la Convención Internacional relativa al empleo de la radiodifusión en interés de la paz prohíbe las emisiones a otro Estado de informaciones destinadas a incitar a la población a actos contrarios al orden interno o a la seguridad de ese Estado, ibid., vol. CLXXXVI, pág. 301.

[427] Véase el texto de esta Convención en Internationales Umweltrecht - Multilaterale Vertrage, BzUB7/I./92, reproducido en International Legal Materials, vol. 30, pág. 800.

convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes no especifican el contenido de la determinación. Hay excepciones, como la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, que detalla el contenido de esa evaluación[428]. La resolución 37/217 de la Asamblea General, de 24 de marzo de 1983, sobre cooperación internacional en lo relativo al medio ambiente se refiere también al contenido de la evaluación en relación con la conclusión No. 8 del estudio concerniente a la minería y las perforaciones que se llevan a cabo frente a las costas[429].

---

[428] El artículo 4 de la Convención dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado Parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II de la propia Convención. En ese apéndice se enumeran los nueve puntos siguientes:

Contenido del Expediente de Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente

Datos mínimos que deben incluirse en el expediente de evaluación del impacto ambiental en virtud del artículo 4:

a) Descripción de la actividad proyectada y de su objeto;

b) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo concerniente al lugar de implantación o a la tecnología) que puedan razonablemente considerarse, sin omitir la opción "cero";

c) Descripción del medio ambiente que es probable que se vea sensiblemente afectado por la actividad proyectada y las soluciones de sustitución;

d) Descripción del impacto que la actividad proyectada y las soluciones de sustitución pueden tener en el medio ambiente y estimación de su importancia;

e) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en lo posible el impacto negativo en el medio ambiente;

f) Indicación precisa de los métodos de previsión y de las hipótesis de base seleccionadas, así como de los datos ambientales pertinentes utilizados;

g) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la compilación de los datos requeridos;

h) Cuando proceda, resumen de los programas de control y gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores;

i) Resumen no técnico con inclusión, si fuere necesario, de una presentación visual (mapas, gráficos, etc.).

Véase el texto de la Convención en International Legal Materials, vol. 30, pág. 800, 1991.

[429] Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 51 (A/37/51).

6) La opinión dominante en la Comisión es la de la conveniencia de dejar al derecho interno del Estado que efectúe la evaluación la determinación detallada del contenido de la misma. Esa evaluación debería contener por lo menos una estimación de las posibles consecuencias negativas de la actividad de que se trate para las personas o los bienes, así como para el medio ambiente de otros Estados. Ese requisito, que está contenido en la segunda frase del artículo 12, aclara la referencia que se hace en la primera frase del mismo artículo a la determinación del "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible". La Comisión cree que la aclaración adicional es necesaria por la simple razón de que el Estado de origen tendrá que transmitir la evaluación del riesgo a los Estados que puedan estar sufriendo daños como resultado de la actividad. Para que esos Estados puedan evaluar el riesgo a que están expuestos, tienen que saber qué posibles efectos perjudiciales puede tener la actividad para ellos, así como las probabilidades de que ese daño se produzca.

7) La evaluación incluirá los efectos de la actividad, no sólo sobre las personas y los bienes, sino también sobre el medio ambiente de otros Estados. La Comisión está convencida de la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes.

8) Este artículo no obliga a los Estados a exigir una determinación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control. Las actividades que implican un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible tienen características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles son las que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de estos artículos. Así por ejemplo, el tipo de fuente de energía utilizada en una actividad de fabricación, las sustancias manipuladas en la producción, la ubicación de la actividad y su proximidad a la zona fronteriza, etc. son todos indicios de la posibilidad de que esa actividad esté comprendida en el ámbito de estos artículos. Existen ciertas sustancias que algunas convenciones enumeran como peligrosas o arriesgadas y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo denunciar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible[430]. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen

---

[430] Por ejemplo, el Convenio sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres establece en su artículo 4 la obligación de las partes de eliminar o reducir la contaminación ambiental causada por ciertas sustancias, y contiene en el anexo la lista de éstas, PNUMA, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Ref. Series 3, 1983, pág. 430. Análogamente, el Convenio para la protección del medio marino de la zona del mar Báltico incluye una lista de sustancias peligrosas en el anexo I y de sustancias y materiales nocivos en el anexo II, haciendo constar que los depósitos de esas sustancias están prohibidos o estrictamente limitados, ibid., pág. 405. Véase también el Protocolo del Convenio de 1976 para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, ibid., pág. 448; y la Convención relativa a la protección del Rhin contra la contaminación química, en Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1124, pág. 375.

perjudiciales y que puede, por lo tanto, que deban ser consideradas como incluidas dentro del ámbito de estos artículos[431].

Artículo 13

Actividades preexistentes

Si un Estado, habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos, comprueba que alguna actividad que entraña el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles se está desarrollando en su territorio o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin la autorización requerida por el artículo 11, ordenará a los responsables de realizarla que obtengan la autorización necesaria. Hasta que se conceda la autorización, el Estado podrá permitir a su propio riesgo que continúe la actividad de que se trate.

Comentario

1) El artículo 13 ha de aplicarse con respecto a actividades comprendidas en el ámbito del artículo 1, que estaban siendo realizadas en un Estado antes de que ese Estado asumiera las obligaciones contenidas en estos artículos. Las palabras "habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos" han de entenderse sin perjuicio de la forma definitiva de estos artículos.

2) De conformidad con este artículo, si el Estado "comprueba" que tal actividad se está realizando en su territorio o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, cuando asuma sus obligaciones contenidas en estos artículos deberá "ordenar" a los responsables de realizar la actividad que obtengan la autorización necesaria. La expresión "autorización requerida" significa los permisos que se exijan en virtud del derecho interno del Estado para cumplir las obligaciones que le imponen estos artículos.

3) La Comisión es consciente de que podría ser irrazonable exigir a los Estados Partes en estos artículos que, cuando asuman las obligaciones contenidas en estos artículos, las apliquen inmediatamente respecto de las actividades existentes. Una exigencia inmediata de cumplimiento podría poner a un Estado en situación de incumplir los artículos en el momento en que asume las obligaciones. Además, un Estado Parte, en el momento en que asume sus obligaciones contenidas en estos artículos, podría no saber que existen todas

---

[431] Véase, por ejemplo, el anexo I de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 1991, convención en la que se enumeran como posiblemente peligrosas para el medio ambiente y sometidas al requisito de evaluación del impacto ambiental con arreglo a la Convención, actividades tales como las refinerías de petróleo, las centrales térmicas, las instalaciones para la producción de combustibles nucleares enriquecidos, etc., International Legal Materials, vol. 30, pág. 800; y el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, instrumento que enumera entre tales actividades el establecimiento de instalaciones o lugares para la eliminación parcial o total de desechos sólidos o líquidos mediante su incineración en tierra o en el mar, instalaciones o lugares para la degradación termal de desechos sólidos, gaseosos o líquidos mediante la reducción de oxígeno, etc. Esta Convención contiene también una lista de sustancias peligrosas en su anexo I.

esas actividades en su territorio o bajo su jurisdicción o control. Por esta razón, el artículo dispone que cuando un Estado "comprueba" la existencia de tal actividad debe cumplir las obligaciones. La palabra "comprueba" en este artículo no debe interpretarse, no obstante, en el sentido de que justifica que los Estados simplemente esperen hasta que otros Estados o entidades privadas pongan en su conocimiento esa información. La palabra "comprueba" debe entenderse en el contexto de la obligación de diligencia debida, que requiere esfuerzos razonables y de buena fe por parte de los Estados para identificar esas actividades.

4) Para que el encargado de la actividad cumpla con los requisitos de autorización puede ser necesario un cierto tiempo. La Comisión opina que debe ser el Estado de origen el que elija entre interrumpir la actividad en espera de la autorización o continuarla mientras el que la realiza pasa por el proceso de obtener la autorización. Si el Estado decide permitir que la actividad continúe lo hace a su propio riesgo. La Comisión opina que, de no haber en el artículo términos que indiquen posibles repercusiones, el Estado de origen no tendrá incentivos para cumplir los requisitos de estos artículos y hacerlo rápidamente. Al mismo tiempo, habida cuenta del hecho de que la Comisión todavía no ha tomado una decisión sobre la forma y el contenido de un régimen de responsabilidad para este tema, la cuestión no puede prejuzgarse en esta fase. Por consiguiente, la expresión "a su propio riesgo" tiene por objeto a) dejar abierta la posibilidad de cualesquiera consecuencias que el futuro proyecto de artículos sobre este tema pueda imponer al Estado de origen en tales circunstancias y b) dejar abierta la posibilidad de aplicación de cualquier norma de derecho internacional sobre responsabilidad en tales circunstancias.

5) Algunos miembros de la Comisión apoyaron la supresión de las palabras "a su propio riesgo". En su opinión, esas palabras implicaban que el Estado de origen podía ser tenido por responsable de cualesquiera daños causados por tales actividades antes de que se concediera la autorización. Esa consecuencia prejuzgaba, a su juicio, la cuestión de la responsabilidad que la Comisión ni siquiera había examinado. La reserva de estos miembros se extendía también al uso de palabras parecidas en el párrafo 3 del artículo 18. En cambio, otros miembros de la Comisión apoyaron el mantenimiento de esas palabras, pues consideraban que no implicaban que el Estado de origen fuera responsable de cualquier daño causado; tan sólo mantenían abierta la opción de esa posible responsabilidad. También estimaban que la supresión de esas palabras alteraría el equilibrio que el artículo mantenía entre los intereses del Estado de origen y los intereses de los Estados que pudieran resultar afectados.

6) Un miembro de la Comisión opinó que la última frase del artículo 13 [que decía "Hasta que se conceda la autorización, el Estado podía permitir a su propio riesgo que continúe la actividad de que se trate."] debía suprimirse; en caso afirmativo, no serían necesarias las palabras "habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos" en la primera y segunda líneas del artículo 13. Esas palabras se referían a la difícil cuestión de la responsabilidad, que la Comisión no había examinado todavía, y además parecían predeterminar si los principios que se estaban formulando debían o no debían revestir la forma de un tratado. La Comisión había aceptado ya que el tratado o cualquier otra forma que se diera a los principios se examinaría ulteriormente.

7) En caso de que el Estado de origen deniegue la autorización se supone que ese Estado pondrá fin a la actividad. Si el Estado de origen no lo hiciera se supondría que la actividad está siendo realizada con su conocimiento y consentimiento y la Comisión debería ocuparse de las consecuencias de tal situación (véase el párrafo 4) supra).

Artículo 14*

Medidas para prevenir o aminorar el riesgo

Los Estados tomarán disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten las medidas apropiadas para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Comentario

1) La norma de la obligación de los Estados de tomar medidas preventivas es la diligencia debida. El artículo 14 es el núcleo de la obligación de diligencia debida que requiere que los Estados tomen determinadas medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo sensible. La obligación que impone este artículo no es una obligación de resultado: es la conducta de un Estado la que determinará si el Estado ha cumplido su obligación con arreglo a este artículo.

2) La obligación de observar la diligencia debida también se puede deducir de algunas convenciones internacionales[432] así como de las resoluciones e informes de conferencias y organizaciones internacionales como base normalizada para proteger el medio ambiente de los daños[433]. La obligación de diligencia debida fue examinada recientemente en una controversia entre Alemania y Suiza relativa a la contaminación del Rhin por Sandoz; el Gobierno suizo reconoció su

---

* La expresión "prevenir o aminorar el riesgo" de daño transfronterizo utilizada en éste y en otros artículos se reconsiderará a la luz de la decisión que adopte la Comisión sobre si el concepto de prevención incluye, además de las medidas orientadas a prevenir o aminorar el riesgo de que se produzca un accidente, las tomadas después de producirse el accidente para prevenir o aminorar el daño causado.

[432] Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, A/CONF.62/122; los artículos I y II y el párrafo 2 del artículo VII del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, International Legal Materials, vol. 11, pág. 1294; el artículo 2 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, ibíd., vol. 26, pág. 1529; el párrafo 5 del artículo 7 de la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos, International Legal Materials, vol. 28, pág. 868; el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, documento E/ECE/1250; y el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales, International Legal Materials, vol. 31, pág. 1313.

[433] Véase el Principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza; la resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982; el Principio VI del Proyecto de principios relativo a la modificación meteorológica, preparado por la OMS y por el PNUMA, en Digest of United States Practice in International Law, 1978, pág. 1205.

responsabilidad por falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la reglamentación adecuada de sus industrias farmacéuticas[434].

3) En el asunto Alabama el tribunal examinó dos definiciones diferentes de diligencia debida presentadas por las partes, los Estados Unidos y el Reino Unido. Los Estados Unidos definieron la diligencia debida como:

> "[Una] diligencia proporcional a la magnitud del tema y a la dignidad y fuerza de la Potencia que ha de ejercerla; una diligencia que mediante el uso de la vigilancia activa y de todos los demás medios en poder del neutral, a través de todas las etapas de la transacción, impedirá que su suelo sea violado; una diligencia que de igual manera disuadirá a los hombres de cometer actos de guerra en el suelo del neutral contra su voluntad ..."[435]

El Reino Unido definió la diligencia debida como "el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos"[436]. Parece que al Tribunal le persuadió la definición más amplia de la norma de diligencia debida presentada por los Estados Unidos y expresó su preocupación acerca de la "norma nacional" de diligencia debida presentada por el Reino Unido. El Tribunal declaró que "la posición inglesa parecía también reducir los deberes internacionales de un gobierno al ejercicio de las facultades restrictivas que le confería el derecho interno, y pasar por alto la obligación del neutral de modificar sus leyes cuando eran insuficientes"[437].

4) El alcance y el grado de la obligación de diligencia debida fueron desarrollados también por Lord Atkin en el caso de Donoghue c. Stevenson en los siguientes términos:

> "La norma de que hay que amar al prójimo se convierte en derecho en el deber de no dañar al vecino; y la pregunta del jurista: "¿Quién es mi vecino?" recibe una respuesta restringida. Hay que tener cuidado razonable en evitar actos u omisiones de los que se pueda razonablemente prever que pueden perjudicar al vecino. ¿Quién es pues, en derecho, mi vecino? La respuesta parece ser: personas afectadas tan de cerca y tan directamente por mis actos que razonablemente debo tenerlas en consideración como personas así afectadas cuando pienso en los actos y omisiones cuestionados."[438]

5) En el contexto del artículo 14, la diligencia debida se manifiesta en los esfuerzos razonables por parte de un Estado para informarse de los componentes

---

[434] Véase New York Times de 11 de noviembre de 1986, pág. A 1; de 12 de noviembre de 1986, pág. A 8; de 13 de noviembre de 1986, pág. A 3. Véase también Alexander Kiss, "Tchernobale ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques", en Annuaire Français de Droit International, vol. 33, 1987, págs. 719 a 727.

[435] The Geneva Arbitration (The Alabama case) en J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. I, 1898, págs. 572 y 573.

[436] Ibíd., pág. 612.

[437] Ibíd.

[438] [1932] A. C., pág. 580 (H. L. (Sc)).

de hecho o de derecho que se relacionan previsiblemente con un procedimiento previsto y tomar oportunamente las medidas apropiadas para hacerles frente. Así pues, de conformidad con el artículo 14, los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo de las actividades a que se refiere el artículo 1. Esas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir o aminorar el daño transfronterizo y, segundo, aplicar esas políticas. Esas políticas se expresan en la legislación y en las instrucciones administrativas y se aplican mediante diversos mecanismos. La palabra "velar" en la frase "velar por que se adopten las medidas apropiadas" tiene por objeto exigir un nivel especialmente alto en el comportamiento de los Estados, es decir, rigor en la formulación y aplicación de políticas encaminadas a aminorar el daño transfronterizo.

6) La Comisión estima que la norma de diligencia debida con la cual debe compararse la conducta de un Estado es lo que generalmente se considera apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en el caso de que se trate. Por ejemplo, actividades que pueden considerarse ultrapeligrosas requieren un grado de cuidado mucho mayor al formular políticas y un grado mucho mayor de vigor por parte del Estado para aplicarlas. Cuestiones como el tamaño de la operación; su emplazamiento; condiciones climáticas especiales; materiales utilizados en la actividad; y si las conclusiones extraídas de la aplicación de estos factores en un caso concreto son razonables figuran entre los factores que hay que considerar para determinar la existencia del requisito de la diligencia debida en cada caso. la Comisión también cree que lo que se consideraría como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que puede considerarse como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. Por consiguiente, la diligencia debida requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y la evolución científica y determine no sólo que el equipo para una determinada actividad está funcionando correctamente sino también que satisface las normas y especificaciones más actuales.

7) La Comisión toma nota del Principio 11 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, que dice así:

> "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo."[439]

Se encuentra una terminología parecida en el Principio 23 de la Declaración de Estocolmo. No obstante, en ese principio se especifica que esas normas internas han de entenderse "sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional"[440]. A juicio de la Comisión, el nivel económico de los Estados es uno de los factores que se tienen en cuenta para determinar si un Estado ha ejercido el grado apropiado de diligencia debida. Pero el nivel económico de un Estado no puede utilizarse para exonerar a un Estado de su obligación en virtud de este artículo.

---

[439] Documento A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

[440] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, documento A/CONF.48/Rev.1.

8) Las palabras "administrativas o de otra índole" abarcan varias formas de medidas de aplicación. Estas medidas pueden tomarlas organismos de regulación que vigilen las actividades y tribunales administrativos que impongan sanciones a los encargados de las actividades que no cumplan las normas o cualquier otro procedimiento de aplicación pertinente que un Estado haya establecido.

9) El Estado tiene la obligación, en primer lugar, de tratar de formular políticas y tomar medidas legislativas u otras medidas con la finalidad de prevenir el daño transfronterizo sensible. Si ello no es posible, la obligación consiste entonces en aminorar ese daño. A juicio de la Comisión, la palabra "aminorar" debe entenderse en este contexto en el sentido de reducir la posibilidad de daño al punto más bajo.

10) La expresión "prevenir" en este artículo, en espera de una ulterior decisión de la Comisión, tiene por objeto abarcar únicamente las medidas tomadas antes de que se produzca un accidente con el fin de prevenir o aminorar el riesgo de que ese accidente ocurra.

11) Las referencias al criterio de "diligencia debida" en los párrafos anteriores del comentario al artículo 14 preocupaban a uno de los miembros de la Comisión. En su opinión se trataba de un criterio difícil de aplicar, particularmente cuando los hechos eran complejos, y que podría provocar el desafortunado resultado de que algunos riesgos de daños transfronterizos, que quedarían incluidos si se aplicase el criterio de "las medidas apropiadas" que se enuncia en el texto del artículo 14, podrían quedar excluidos si se aplicase el criterio de "diligencia debida". La cuestión de determinar hasta qué punto era apropiado el criterio de "diligencia debida" debería volverse a estudiar durante la segunda lectura de los artículos en la Comisión.

Artículo 14 bis [20 bis]

No transferencia del riesgo

Al tomar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles, los Estados velarán por que el riesgo no se traslade simplemente, de manera directa o indirecta, de una zona a otra o se transforme de un tipo de riesgo en otro.

Comentario

1) Este artículo enuncia un principio general de no transferencia del riesgo. Requiere que los Estados, al tomar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, se aseguren de que el riesgo no se traslade "simplemente", de manera directa o indirecta, de una zona a otra o se transforme en otro tipo de riesgo. Este artículo se inspira en la nueva tendencia del derecho ambiental, que se inició al apoyar la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, de formular una política amplia para proteger el medio ambiente. El Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares propuestos por el Grupo de Trabajo Intergubernamental, que hizo suyos la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, dispone lo siguiente:

"En la acción destinada a evitar y controlar la contaminación de los mares (particularmente al establecer prohibiciones directas y límites concretos de descarga) debe cuidarse mucho de no limitarse a transferir los daños o los riesgos de una a otra parte del medio."[441]

2) Este principio se incorporó al artículo 195 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que dice así:

"Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro."[442]

El párrafo 2 del artículo II del Código de conducta sobre la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas establece también un principio similar:

"Al tomar medidas para controlar y regular las actividades y las materias peligrosas, prevenir y controlar la contaminación accidental y atenuar los efectos de los daños causados por una contaminación accidental, los países deberían hacer todo lo posible por no trasladar, directa o indirectamente, los daños o los riesgos de un tipo de medio a otro y no transformar un tipo de contaminación en otro."[443]

3) La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo desalienta a los Estados, en el Principio 14, de reubicar y transferir a otros Estados cualesquiera actividades y sustancias peligrosas para el medio ambiente y la salud humana. Este principio, aun cuando su objeto principal es un problema diferente, es bastante más limitado que el Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares, la Convención sobre el Derecho del Mar y el Código de Conducta antes mencionados. El Principio 14 dice así:

"Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana."[444]

4) La expresión "no se traslade simplemente... o se transforme" se relaciona con medidas de exclusión cuyo objeto es prevenir o aminorar pero que de hecho simplemente externalizan el riesgo desplazándolo a una secuencia o actividad diferente sin ninguna reducción significativa de dicho riesgo (véase el Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares, apoyados por la Conferencia de Estocolmo en 1972). La Comisión es consciente de que en el contexto de este tema la elección de una actividad, el lugar en que ha de realizarse y el empleo de medidas para prevenir o reducir el riesgo de que produzca daños transfronterizos son en general

---

[441] Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1973, anexo III, documento A/CONF.48/Rev.1, pág. 79.

[442] Documento A/CONF.62/122.

[443] E/ECE/1225; ECE/ENVWA/16.

[444] Documento A/Conf.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

cuestiones que han de determinarse mediante el proceso de encontrar un equilibrio de intereses equitativo de las partes interesadas; evidentemente la exigencia de este artículo debe entenderse en ese contexto. Sin embargo, la Comisión opina que en el proceso de encontrar un equilibrio de intereses equitativo las partes deben tener en cuenta el principio general previsto en el artículo.

5) La palabra "traslade" significa movimiento físico de un lugar a otro. La palabra "transforme" se utiliza en el artículo 195 de la Convención sobre el Derecho del Mar y se refiere a la calidad o la naturaleza del riesgo. Las palabras "de manera directa o indirecta" se usan también en el artículo 195 de la Convención sobre el Derecho del Mar y tienen por objeto establecer un grado de cuidado mucho mayor por parte de los Estados al cumplir las obligaciones que les impone este artículo.

Artículo 15

Notificación e información

1. Si la evaluación del artículo 12 indicara que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen notificará sin dilación esa situación a los Estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible y otra información pertinente en que se base la evaluación, indicando un plazo razonable dentro del cual deberán responder.

2. En el caso de que, posteriormente, llegara a conocimiento del Estado de origen la posibilidad de que otros Estados puedan resultar afectados, se lo notificará sin demora.

Comentario

1) El artículo 15 trata del caso de que la evaluación realizada por un Estado, de conformidad con el artículo 12, indique que la actividad prevista supone un riesgo real de causar daños transfronterizos sensibles. Este artículo, junto con los artículos 16, 16 bis, 18 y 19, establece un conjunto de procedimientos esencial para equilibrar los intereses de todos los Estados interesados, dándoles una oportunidad razonable de encontrar la forma de realizar la actividad adoptando medidas satisfactorias y razonables destinadas a prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

2) El artículo 15 obliga al Estado a notificar a los otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad prevista. Las actividades incluidas son tanto las proyectadas por el propio Estado como por entidades privadas. El requisito de la notificación es parte indispensable de cualquier sistema orientado a prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

3) La obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles a que estén expuestos se recogió en el asunto del Estrecho de Corfú, en que la Corte Internacional de Justicia dijo que la obligación de advertir se basaba en "consideraciones elementales de humanidad"[445]. Este principio está reconocido en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales y,

[445] Nota 402 supra, pág. 22.

en el contexto citado, se encuentra incorporado en algunos acuerdos internacionales, decisiones de cortes y tribunales internacionales, declaraciones y resoluciones aprobados por organizaciones intergubernamentales, conferencias y reuniones, y estudios de organizaciones intergubernamentales e internacionales[446].

4) Además de en la utilización de los cursos de agua internacionales, el principio de la notificación está reconocido también con respecto a otras actividades de efectos transfronterizos. Por ejemplo, en el artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[447] y en los artículos 3 y 10 de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales[448].

El Principio 19 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo habla de la notificación oportuna:

> "Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe."[449]

5) El procedimiento de notificación se ha definido en algunas resoluciones de la OCDE. Por ejemplo, con respecto a algunas sustancias químicas, la resolución c(71)73 de la OCDE, de 18 de mayo de 1971, determina que todo Estado miembro recibirá una notificación antes de que cualquier otro Estado miembro adopte las medidas que proyecte con respecto a sustancias que tengan efectos perjudiciales en el hombre o el medio ambiente, cuando esas medidas puedan producir efectos sensibles en la economía y el comercio de otros Estados[450]. La resolución c(74)224 de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974, sobre los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza", en su principio sobre información y consulta requiere la notificación y consulta antes de realizar cualquier actividad que pueda crear un riesgo de contaminación transfronteriza sensible[451].

6) El principio de la notificación está ampliamente asentado en el caso de emergencias ambientales. El Principio 18 de la Declaración de Río sobre el

---

[446] Por lo que se refiere a los tratados que se ocupan de la notificación previa y el intercambio de información con respecto a los cursos de agua, véase el comentario al artículo 12, "Notificación de las medidas proyectadas que pueden causar un efecto perjudicial" del proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación, cap. III, secc. D supra.

[447] El artículo 3 de esta Convención establece un complejo sistema de notificación. Véase el texto de la Convención en el documento E/ECE/1250, reproducido en International Legal Materials, vol. XXX, pág. 800.

[448] Ibíd., vol. XXXI, pág. 1333.

[449] A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

[450] OCDE, OECD and the Environment, 1986, pág. 89, párr. 4 del anexo.

[451] Ibíd., pág. 142.

Medio Ambiente y el Desarrollo[452], el artículo 198 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[453], el artículo ... de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares[454]; el apartado d) del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica[455] y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos[456] exigen todos la notificación.

7) De conformidad con el párrafo 1, cuando la evaluación revele riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado que se proponga realizar esa actividad tendrá la obligación de notificar a los Estados que puedan resultar afectados. Esa notificación deberá ir acompañada de la información técnica disponible en que la evaluación se base. La referencia hecha a la información técnica "disponible" y otra información pertinente tiene por objeto indicar que la obligación del Estado de origen se limita a comunicar la información técnica y de otra índole obtenida en relación con la actividad. Esa información se obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad de conformidad con el artículo 12. El párrafo 1 supone que la información técnica resultante de la evaluación comprende no sólo lo que podría llamarse datos brutos, es decir, hojas de datos, estadísticas, etc., sino también el análisis de la información utilizada por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos.

8) Los Estados pueden decidir libremente cómo quieren informar a los Estados que puedan resultar afectados. En general, se supone que los Estados se pondrán en contacto con los otros Estados directamente, por cauces diplomáticos. Si no hay relaciones diplomáticas, los Estados podrán notificar a los otros Estados por medio de un tercer Estado.

9) El párrafo 2 se ocupa del caso en que el Estado de origen, a pesar de todos sus esfuerzos y de su diligencia, no pueda identificar, antes de autorizar la actividad, a todos los Estados que puedan resultar afectados pero esa información llegue a su conocimiento solamente después de haber emprendido la actividad. De conformidad con ese párrafo, el Estado de origen, en tales casos, estará obligado a hacer la notificación sin demora. La expresión sin demora tiene por objeto obligar al Estado de origen a que realice la notificación tan pronto como la información llegue a su conocimiento y tenga oportunidad de determinar, en un plazo razonable, si hay otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad.

Artículo 16

Intercambio de información

Durante el desarrollo de la actividad, las partes interesadas deberán intercambiar oportunamente toda información pertinente para prevenir o aminorar todo riesgo de causar daños transfronterizos sensibles.

---

[452] Ibíd.

[453] A/CONF.62/122.

[454] International Legal Materials, vol. XXV, pág. 1369.

[455] DPI/1307.

[456] International Legal Materials, vol. XXX, pág. 735.

Comentario

1) El artículo 16 trata de las medidas que deben adoptarse después de haber emprendido una actividad. La finalidad de todas esas medidas es la misma que la de los artículos anteriores, es decir, prevenir o aminorar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles.

2) El artículo 16 obliga al Estado de origen y a los demás Estados interesados a intercambiar información sobre la actividad, después de haber sido ésta emprendida. En opinión de la Comisión, prevenir y aminorar el riesgo de daños transfronterizos sobre la base del concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere esfuerzos continuados. Esto significa que la diligencia debida no acaba después de conceder la autorización para la actividad y de iniciar ésta; continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga.

3) La información que se debe intercambiar, en virtud del artículo 16, será toda la que resulte útil, en el caso concreto, para prevenir el riesgo de daños sensibles. Normalmente, el Estado de origen tendrá conocimiento de esa información. Sin embargo, cuando el Estado que pueda resultar afectado tenga alguna información que pudiera ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen.

4) La obligación de intercambiar información es bastante corriente en las convenciones orientadas a prevenir o aminorar los daños ambientales y transfronterizos. Esas convenciones prevén diversas formas de reunir e intercambiar información, ya sea entre las partes o bien proporcionando la información a una organización internacional que la ponga a disposición de otros Estados[457]. En el contexto de esos artículos, cuando las actividades afecten sólo, probablemente, a algunos Estados, el intercambio de información se realizará entre los Estados directamente interesados. Cuando la información pueda afectar a un gran número de Estados, la información pertinente podrá intercambiarse por otros medios como, por ejemplo, las organizaciones internacionales competentes.

---

[457] Por ejemplo, el artículo 10 del Convenio sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres, International Legal Materials, vol. XIII, pág. 352; el artículo 4 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, ibíd., vol. XXVI, pág. 1529, y el artículo 200 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (A/CONF.62/122) hablan de investigaciones aisladas o conjuntas de los Estados Partes sobre la prevención o la reducción de la contaminación, y de su comunicación mutua directamente o por conducto de la organización internacional competente. La Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias prevé la investigación y el intercambio de información sobre los efectos de las actividades emprendidas por los Estados Partes en la Convención, International Legal Materials, vol. XVIII, pág. 1442. Se encuentran ejemplos en otras convenciones, como el apartado iii) del párrafo 1 del artículo VI del Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas (documento E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16); el artículo 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (documento DPI/1307); y el artículo 13 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, International Legal Materials, vol. XXXI, pág. 1313.

5) El artículo 16 obliga a que la información se intercambie oportunamente. Esto significa que el Estado, cuando tenga conocimiento de esa información, deberá informar rápidamente a los otros Estados a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas.

6) El artículo no establece ningún requisito en cuanto a la frecuencia del intercambio de información. La obligación del artículo 16 sólo surge cuando los Estados tienen alguna información que sea pertinente para prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

Artículo 16 bis

Información al público

En la medida de lo posible y por los medios que corresponda, los Estados facilitarán al público que pueda resultar afectado por una actividad de las mencionadas en el artículo 1 información relativa al riesgo que entrañe y a los daños que pudieran derivarse de ella, y averiguarán sus opiniones.

Comentario

1) El artículo 16 bis requiere que los Estados, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, faciliten al público información relativa al riesgo que entrañe y a los daños que pudieran derivarse de una actividad sometida a autorización, con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados a) que faciliten información a su opinión pública sobre la actividad, y sobre el riesgo que supone y los daños y, b) que averiguen la opinión del público. Naturalmente, está claro que la idea de facilitar información al público tiene por objeto que éste pueda informarse para luego conocer su opinión.

2) Los datos que han de facilitarse al público comprenden la información sobre la propia actividad, así como sobre la naturaleza y el alcance del riesgo, y los daños que comporta. Esa información figura en los documentos que acompañan a la notificación prevista en el artículo 15 o en la evaluación que efectúe el Estado que puede resultar afectado, de conformidad con el artículo 19.

3) Este artículo se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional en general y del derecho ambiental en particular, que tratan de hacer participar en la toma de decisiones a las personas cuyas vidas, salud, bienes y ambiente puedan resultar afectados, dándoles la oportunidad de exponer sus opiniones y de ser oídas por los encargados de adoptar las decisiones definitivas.

4) El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones como sigue:

"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."[458].

5) Otros acuerdos jurídicos internacionales recientes sobre cuestiones ambientales han requerido de los Estados que faciliten al público información y le den la oportunidad de participar en la toma de decisiones. A este respecto, son pertinentes los párrafos 1 y 2 del artículo 7 del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas:

"1. Con objeto de promover una toma de decisiones con conocimiento de causa por las autoridades centrales, regionales o locales en las deliberaciones relativas a la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas, los países deberían facilitar la participación del público que pueda ser afectado en las audiencias e investigaciones preliminares y la formulación de objeciones a las decisiones propuestas, así como la presentación de recursos y la representación en los procedimientos administrativos y judiciales.

2. Los países en que se produzca un incidente deberían adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar a las personas físicas y jurídicas expuestas a un riesgo importante de contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas información suficiente para que puedan ejercer los derechos que les conceda la legislación nacional de conformidad con los objetivos del presente Código."[459]

Asimismo, el artículo 16 del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales[460]; el párrafo 8 del artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[461]; el artículo 17 del Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico[462] y el artículo 6 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático[463] disponen que se informe al público.

---

[458] Documento A/CONF.155/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

[459] Comisión Económica para Europa, Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas, documento E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16.

[460] International Legal Materials, vol. 31, pág. 1313.

[461] E/ECE/1250, reproducida en International Legal Materials, vol. 30, pág. 800.

[462] UNCLOS (05)/B8, Nº 22, págs. 54 a 87.

[463] International Legal Materials, vol. 31, pág. 851.

6) Hay muchas modalidades de participación en la toma de decisiones. El examen de los datos y de la información sobre las que se tomarán las decisiones y la oportunidad de confirmar o rechazar la exactitud de los datos, el análisis y las consideraciones de orden político ya sea por medio de tribunales administrativos o judiciales, o de grupos de ciudadanos interesados, son algunas de las maneras de participar en la toma de decisiones. A juicio de la Comisión, esta forma de participación del público contribuye a propiciar los esfuerzos para impedir los daños ambientales y transfronterizos.

7) La obligación prevista en el artículo 16 bis se limita con la frase "en la medida de lo posible y por los medios que corresponda". Las palabras "en la medida de lo posible" tienen aquí un carácter normativo más que fáctico y pretenden tener en cuenta las posibles limitaciones constitucionales o de derecho interno, en los casos en que ese derecho a audiencia no exista. Las palabras "por los medios que corresponda" tienen por objeto confiar la manera de facilitar esa información a los Estados, a las normas de su derecho interno y a la política del Estado en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de facilitarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los organismos públicos, las autoridades locales, etc.

8) El artículo 16 bis limita la obligación de cada Estado de facilitar esa información a su propio público. Las palabras "los Estados facilitarán al público" no obligan al Estado a facilitar información al público de otro Estado. Por ejemplo, el Estado que pueda resultar afectado, tras recibir la notificación e información del Estado de origen, informará, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, a aquel sector de su público que pueda ser perjudicado antes de responder a la notificación.

Artículo 17

Seguridad nacional y secretos industriales

> Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

Comentario

1) El artículo 17 tiene por objeto establecer una excepción restringida a la obligación de los Estados de facilitar información en virtud de los artículos 15, 16 y 16 bis. A juicio de la Comisión, no debería obligarse a los Estados a revelar información vital para su seguridad nacional o considerada secreto industrial. Este tipo de cláusula no es rara en los tratados que requieren intercambio de información. El artículo 31 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[464] prevé también una excepción similar a la obligación de revelar información.

---

[464] Véase el capítulo III, sección D supra.

2) En el artículo 17 se incluyen los secretos industriales además de la seguridad nacional. En el contexto de estos artículos, es muy probable que alguna de las actividades comprendidas dentro del artículo 1 puedan conllevar el uso de tecnología adelantada con algunos tipos de información que puedan estar protegidos incluso por el derecho interno. Normalmente la legislación nacional de los Estados determina la información que se considera secreto industrial y la protege. Este tipo de cláusula de salvaguardia no es rara en los instrumentos jurídicos que se ocupan del intercambio de información sobre actividades industriales. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales[465] y el párrafo 8 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[466] prevén una protección similar para los secretos industriales y comerciales.

3) El artículo 17 reconoce la necesidad de equilibrar los intereses legítimos del Estado de origen y de los Estados que puedan resultar afectados. Por tanto, requiere que el Estado de origen, que no transmita información por razones de seguridad o de secreto industrial, coopere de buena fe con los demás Estados facilitando toda la información que sea posible según las circunstancias. Las palabras "toda la información posible" incluyen, por ejemplo, la descripción general del riesgo y del tipo y magnitud de los daños a que esté expuesto un Estado. Las palabras "según las circunstancias" se refieren a las condiciones invocadas para no transmitir la información. El artículo 17 se basa en la cooperación de buena fe de las partes.

Artículo 18

Consultas sobre medidas preventivas

1. Los Estados interesados se consultarán, a petición de cualquiera de ellos y sin demora, con miras a encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles y cooperarán en la aplicación de esas medidas.

2. Los Estados buscarán soluciones basadas en el equitativo equilibrio de intereses que se prevé en el artículo 20.

3. Si las consultas mencionadas en el párrafo 1 no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, sin embargo, deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo, sin perjuicio del derecho de cualquier Estado que no haya dado su acuerdo a mantener los derechos que tengan en virtud de estos artículos u otra norma.

Comentario

1) El artículo 18 requiere que los Estados interesados, es decir el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados, se consulten para acordar medidas destinadas a prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos

---

[465] International Legal Materials, vol. 31, pág. 1313.

[466] Ibíd., vol. 30, pág. 800.

sensibles. Según el momento en que se invoque el artículo 18, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización.

2) En este artículo la Comisión ha intentado mantener el equilibrio entre dos consideraciones igualmente importantes. En primer lugar, el artículo trata de actividades no prohibidas por el derecho internacional y que normalmente son importantes para el desarrollo económico del Estado de origen. Pero, en segundo lugar, no sería equitativo para los demás Estados permitir que esas actividades se realizaran sin consultar con ellos y sin adoptar medidas preventivas apropiadas. Por tanto, el artículo no establece una simple formalidad que el Estado de origen tenga que cumplir sin el propósito real de llegar a una solución aceptable para los demás Estados, ni tampoco el derecho de veto para los Estados que puedan resultar afectados. Para mantener el equilibrio, el artículo prescribe la manera y la finalidad de las consultas entre las partes. Las partes deben consultarse de buena fe y tener en cuenta los legítimos intereses de cada una. Las partes han de consultarse con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que han de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles.

3) A juicio de la Comisión, el principio de la buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. La obligación de consultar y negociar sinceramente y de buena fe se reconoció en el laudo del asunto del lago Lanós en el que el tribunal declaró que:

> "Las consultas y negociaciones entre los dos Estados deben ser sinceras, deben cumplir las normas de la buena fe y no deben ser simples formalidades. Las normas de la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales."[467]

4) En lo que respecta a esta cuestión concreta de la buena fe, la Comisión se basa también en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia). En este fallo la Corte declaró que "su tarea consistirá en celebrar negociaciones de manera que cada parte tenga de buena fe razonablemente en cuenta los derechos de la otra"[468]. La Comisión considera también pertinente para este artículo la decisión de la Corte en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos)[469] sobre la manera en que deben celebrarse negociaciones. En esos casos la Corte declaró lo siguiente:

> "a) Las partes tienen la obligación de entablar una negociación con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática

---

[467] International Law Reports, 1957 (Londres, 1961), vol. 24, pág. 119.

[468] Asunto de la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia), fallo del 25 de julio de 1974, C. I. J. Recueil 1974, párr. 78.

[469] Asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, C. I. J. Recueil 1969, especialmente la página 47, párrs. 85 y 87.

de un determinado método de limitación, a falta de acuerdo; las partes tienen la obligación de comportarse de manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación."[470]

Aun cuando la Corte en este fallo habla de "negociación", la Comisión cree que el requisito de buena fe en la conducta de las partes durante el curso de las consultas o negociaciones es el mismo.

5) En virtud del párrafo 1, los Estados interesados entablarán consultas a petición de cualquiera de ellos, es decir el Estado de origen o cualquiera de los Estados que puedan resultar afectados. Las partes entablarán consultas sin demora. La expresión sin demora pretende evitar aquellas situaciones en que un Estado, al pedírsele que entable consultas, ponga excusas no razonables para demorar las consultas.

6) Las consultas tienen por objeto: a) que las partes encuentren soluciones aceptables sobre las medidas que han de adoptarse a fin de prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles; y b) que cooperen en la aplicación de esas medidas. Las palabras "soluciones aceptables", relativas a la adopción de medidas preventivas, hacen referencia a aquellas medidas que son aceptadas por las partes dentro de las directrices especificadas en el párrafo 2. En general, el consentimiento de las partes en tomar medidas de prevención se expresará mediante algún tipo de acuerdo.

7) Las partes evidentemente intentarán primero seleccionar aquellas medidas que puedan evitar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que aminoren el riesgo de esos daños. Una vez seleccionadas esas medidas, las partes tienen la obligación, en virtud de la última cláusula del párrafo 1, de cooperar en su aplicación. También esta obligación deriva de la opinión de la Comisión según la cual la obligación de ejercer la debida diligencia, núcleo de las disposiciones destinadas a prevenir o a aminorar los daños transfronterizos sensibles, es de carácter continuo y vale para todas las fases de la actividad.

8) El artículo 18 puede invocarse siempre que se plantee la necesidad de adoptar medidas preventivas. Esta cuestión evidentemente puede suscitarse como consecuencia del artículo 15, a causa de una notificación hecha a los demás Estados por el Estado de origen en el sentido de que una actividad que se propone emprender puede entrañar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles; o bien en el curso del intercambio de información previsto en el artículo 16 o en el contexto del artículo 19 sobre los derechos de los Estados que puedan resultar afectados.

9) El artículo 18 tiene un ámbito amplio de aplicación. Ha de aplicarse a todas las cuestiones relativas a las medidas preventivas. Por ejemplo, cuando las partes efectúan la notificación prevista en el artículo 15 o intercambian información en virtud del artículo 16 y hay ambigüedades en esas comunicaciones, pueden pedirse consultas simplemente para aclarar esas ambigüedades.

10) El párrafo 2 orienta a los Estados para cuando se consulten sobre las medidas preventivas. Las partes buscarán soluciones basadas en el equilibrio equitativo de intereses previsto en el artículo 20 (Factores de equilibrio

---

[470] Ibíd., párr. 85.

de intereses). Ni el párrafo 2 de ese artículo ni el artículo 20 impiden a las partes tener en cuenta otros factores que consideren pertinentes para lograr un equilibrio equitativo de intereses.

11) El párrafo 3 trata de la posibilidad de que, pese a todos los esfuerzos, las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre medidas preventivas aceptables. Como se explicó en el párrafo 3) supra, el artículo establece un equilibrio entre dos consideraciones, una de las cuales es no conceder el derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. A este respecto, la Comisión recuerda el laudo dictado en el asunto del Lago Lanós en el que el tribunal señaló que en algunas situaciones la parte que pueda resultar afectada puede, en contra de la buena fe, paralizar los esfuerzos sinceros de negociación[471]. A fin de tener en cuenta esta posibilidad, el artículo dispone que el Estado de origen pueda proseguir la actividad, ya que la falta de esta opción concedería de hecho un derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. Aunque se le permite proseguir la actividad, el Estado de origen sigue obligado a tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Después de las consultas, el Estado de origen es consciente de las preocupaciones de los Estados que puedan resultar afectados y está incluso en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. Además, el Estado de origen realiza la actividad "por su cuenta y riesgo". Esta expresión se utiliza también en el artículo 13 sobre las "Actividades preexistentes". Las explicaciones sobre esta expresión dadas en el párrafo 4) del comentario al artículo 13 también se aplican aquí.

12) La última parte del párrafo 3 protege también los intereses de los Estados que puedan resultar afectados, permitiéndoles ejercer los derechos que puedan tener en virtud de estos artículos o de otra norma. Las palabras "o de otras normas" pretenden tener un amplio alcance con objeto de incluir los derechos que los Estados que puedan resultar afectados tengan en virtud de cualquier norma de derecho internacional, de los principios generales del derecho, del derecho interno, etc.

Artículo 19

Derechos del Estado que puede verse afectado

1. Cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada en el territorio de un Estado o que por otro concepto esté sujeta a su jurisdicción o control, cualquier otro Estado que tuviere razones fundadas para creer que esta actividad ha creado el riesgo de causarle un daño sensible podrá solicitar las consultas del artículo anterior.

2. El Estado que solicite las consultas proporcionará una evaluación técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultare ser una de las previstas en el artículo 1, el Estado que solicite las consultas podrá reclamar del Estado de origen una parte equitativa del costo de la evaluación.

---

[471] Véase nota 467 supra, pág. 128.

Comentario

1) Este artículo se refiere a la situación en que un Estado, aunque no haya recibido notificación acerca de una actividad de conformidad con el artículo 15, tiene conocimiento de que se está realizando una actividad en otro Estado, por el Estado mismo o por una entidad privada, y considera que esa actividad entraña el riesgo de causarle un daño sensible.

2) El objeto de este artículo es proteger los derechos y los intereses legítimos de los Estados que tienen razones para creer que pueden verse afectados desfavorablemente por una actividad. El artículo 19 les permite solicitar consultas e impone al Estado de origen una obligación coordinada de acceder a la petición. De no existir el artículo 19 los Estados que pueden verse afectados no pueden obligar al Estado de origen a entablar consultas. En otros instrumentos jurídicos se han incluido disposiciones análogas. En el artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[472] y en el párrafo 7 del artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[473] se prevé también un procedimiento por el cual el Estado que puede verse afectado por una actividad puede iniciar consultas con el Estado de origen.

3) El párrafo 1 permite a un Estado que tenga razones fundadas para creer que la actividad realizada en el territorio o, por otro concepto, bajo la jurisdicción o el control de otro Estado ha creado el riesgo de causarle un daño sensible solicitar las consultas del artículo 18. Las palabras "razones fundadas" que figuran en la cuarta línea del párrafo 1 tienen por objeto impedir que otros Estados creen dificultades innecesarias al Estado de origen solicitando consultas basadas en meras sospechas o conjeturas. Por supuesto, la posición del Estado que afirme que ha estado expuesto a un riesgo importante de daño transfronterizo será mucho más fuerte cuando pueda demostrar que ya ha sufrido daños a consecuencia de la actividad.

4) Una vez iniciadas las consultas, los Estados interesados convendrán en que la actividad es una de las del artículo 1, y por consiguiente el Estado de origen tendrá que tomar medidas preventivas, o bien las partes no se pondrán de acuerdo y el Estado de origen seguirá creyendo que la actividad no está comprendida en el artículo 1. En el primer caso las partes deben desarrollar sus consultas de conformidad con el artículo 18 y hallar soluciones aceptables basadas en un equilibrio de intereses equitativo. En el segundo caso, a saber cuando las partes discrepan sobre el verdadero carácter de la actividad, no se prevé ninguna otra medida en el párrafo. La Comisión volverá sobre esta cuestión una vez que haya examinado la cuestión de los medios de solución de controversias.

5) Este párrafo no se aplica a las situaciones en que el Estado de origen se halla todavía en la etapa de planificación de la actividad, pues se supone que aún cabe que el Estado de origen notifique a los Estados que pueden resultar afectados. No obstante, si esa notificación no se efectúa, los Estados que pueden verse afectados podrán solicitar consultas tan pronto como se inicie la actividad. También podrán solicitarse consultas en las primeras etapas de la actividad como por ejemplo la etapa de la construcción.

---

[472] Véase el capítulo III, sección D supra.

[473] International Legal Materials, vol. 30, pág. 800.

6) En la primera frase del párrafo 2 se trata de establecer un equilibrio equitativo entre los intereses del Estado de origen al cual se ha pedido que participe en consultas y los intereses del Estado que se considera afectado o que puede verse afectado requiriendo que este último Estado justifique tal opinión y la apoye con documentos que contengan su propia evaluación técnica del presunto riesgo. El Estado que solicite las consultas deberá, como se ha dicho antes, tener "razones fundadas" para creer que existe un riesgo del que pueden derivarse daños. Teniendo en cuenta que ese Estado no ha recibido información alguna del Estado de origen acerca de la actividad y por lo tanto no puede tener acceso a todos los datos técnicos pertinentes, los documentos de apoyo y la evaluación que se le pide no han de ser completos pero sí suficientes para ofrecer una justificación razonable de sus afirmaciones. La expresión "razones fundadas" debe interpretarse en ese contexto.

7) La segunda frase del párrafo 2 se refiere a las consecuencias económicas si se demuestra que la actividad en cuestión está comprendida en el artículo 1. En tales casos se puede exigir al Estado de origen que pague una parte equitativa del costo de la evaluación técnica. La Comisión opina que ese reparto del costo de la evaluación es razonable por las siguientes razones: 1) el Estado de origen habría tenido que hacer, en todo caso, esa evaluación de conformidad con el artículo 12; 2) sería injusto que el costo de la evaluación fuera sufragado por el Estado que puede resultar perjudicado por una actividad que se realiza en otro Estado y de la cual no recibe beneficio alguno; y 3) si el Estado de origen no está obligado a compartir el costo de la evaluación realizada por el Estado que puede verse afectado ello podría servir para alentar al Estado de origen a no hacer la evaluación de las repercusiones que debería haber hecho de conformidad con el artículo 12, exteriorizando así los costos al dejar que la evaluación corra a cargo de los Estados que pueden verse afectados.

8) Sin embargo, la Comisión también prevé situaciones en las que las razones de la falta de notificación por parte del Estado de origen puedan ser totalmente inocentes. El Estado de origen podría haber creído sinceramente que la actividad no suponía riesgo alguno de causar un daño transfronterizo sensible. Por esa razón el Estado que pueda quedar afectado puede reclamar "una parte equitativa del costo de la evaluación". Estas palabras significan que si del debate resulta que la evaluación no pone de manifiesto un riesgo de daño sensible, el asunto se ha resuelto y evidentemente no se plantea siquiera la cuestión de compartir los costos. Pero si se pone de manifiesto ese riesgo, es razonable que se pida al Estado de origen que aporte una parte equitativa del costo de la evaluación. Esta aportación puede no representar la totalidad del costo pues en todo caso el Estado que puede verse afectado habría realizado alguna evaluación por su cuenta. La participación del Estado de origen se limitaría a la parte del costo que corresponda directamente a su omisión al no efectuar la notificación de conformidad con el artículo 15 ni facilitar información técnica.

Artículo 20

Factores del equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre ellos:

a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios de impedir o reducir al mínimo ese riesgo o de reparar el daño;

b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los Estados que puedan resultar afectados;

c) El riesgo de daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo o de rehabilitar el medio ambiente;

d) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención exigida por los Estados que pueden resultar afectados y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad;

e) El grado en que los Estados que pueden resultar afectados están dispuestos a contribuir a los costos de la prevención;

f) Las normas de protección que los Estados que pueden resultar afectados aplican a la misma actividad o actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

Comentario

1) El objeto de este artículo es ofrecer alguna orientación a los Estados que han iniciado consultas tratando de lograr un equilibrio de intereses equitativo. Para alcanzar un equilibrio de intereses equitativo hay que determinar los hechos y sopesar todos los factores y circunstancias pertinentes.

2) La cláusula principal del artículo dispone que "para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes". El artículo continúa con una lista no exhaustiva de esos factores y circunstancias. La amplia diversidad de tipos de actividades que abarcan estos artículos y las diferentes situaciones y circunstancias en que se realizarán hace imposible formular una lista exhaustiva de factores que guarden relación con todos los casos individuales. Algunos de los factores pueden ser pertinentes en un determinado caso mientras que otros pueden no serlo y algunos otros factores no contenidos en la lista pueden resultar pertinentes. A los factores y circunstancias enumerados no se les asigna prioridad ni peso puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos y otros pueden merecer que se les conceda mayor peso en otros casos. En general, los factores y circunstancias indicados permitirán a las partes comparar los costos y beneficios que pueden darse en un caso particular.

3) En el apartado a) se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios de prevenir o reducir al mínimo ese riesgo y la posibilidad de reparar el daño. Por ejemplo, el grado de riesgo de daño puede ser elevado pero puede haber medidas que permitan prevenir o reducir ese riesgo o puede haber posibilidades de reparar el daño. Las comparaciones en este caso son cuantitativas y cualitativas.

4) En el apartado b) se compara la importancia de la actividad en función de sus ventajas sociales, económicas y técnicas para el Estado de origen con el daño potencial para los Estados que puedan verse afectados. La Comisión recuerda en este contexto la decisión del asunto Donauversinkung en el que la Corte declaró lo siguiente:

> "Los intereses de los Estados en cuestión han de ponderarse entre sí de manera equitativa. Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro."[474]

5) En el apartado c) se compara, de la misma manera que en el párrafo a), el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente. La Comisión recalca la importancia particular de la protección del medio ambiente. Considera que el Principio 15 de la Declaración de Río guarda relación con este párrafo cuando dice: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"[475].

6) La Comisión es consciente de que el concepto de daño transfronterizo tal como se utiliza en el apartado a) podría interpretarse ampliamente y podría incluir los daños al medio ambiente. Pero la Comisión hace una distinción, a los efectos de este artículo, entre los daños a una parte del medio que pueda traducirse en privación de valor para los individuos y medirse por medios económicos normalizados y los daños al medio no susceptibles de esa medición. Los primeros estarían incluidos en el apartado a) y los segundos en este apartado.

7) El apartado d) introduce una serie de factores que han de compararse y tenerse en cuenta. La viabilidad económica de la actividad debe compararse con los costos de la prevención exigida por los Estados que pueden verse afectados. El costo de las medidas preventivas no debe ser tan alto que haga económicamente inviable la actividad. La viabilidad económica de la actividad debe de evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento o realizarla por otros medios o sustituirla por otra actividad. Con las palabras "realizar la actividad ... por otros medios" se pretende tener en cuenta, por ejemplo, una situación en la que un tipo de sustancia química utilizado en la actividad, que pudiera ser la causa del daño transfronterizo, pueda sustituirse por otra sustancia química; o el equipo mecánico de la planta o la fábrica pueda sustituirse por otro equipo diferente. Las palabras "sustituirla por otra actividad" tienen por objeto tener en cuenta la posibilidad de que se puedan alcanzar los mismos resultados o unos resultados comparables con otra actividad sin riesgo, o con un riesgo muy inferior, de daño transfronterizo sensible.

---

[474] Wurttemberg y Prussia c. Baden (asunto Donauversinkung) (1927) en Entscheindungen des Reichsgerichts Zivilsachen (Berlín, de Gruyter), vol. 116, apéndice, págs. 18 a 45 (1927), en Annual Digest of Public International Law Cases, (1927-1928) (Londres, 1931), pág. 131; véase también Kansas c. Colorado (1907) 206 US 100, y Washington c. Oregón (1936) 297 US 517.

[475] A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2.

8) En el apartado e) se dispone que uno de los elementos que determinan la elección de medidas preventivas es la voluntad de los Estados que pueden verse afectados de contribuir al costo de la prevención. Por ejemplo, si los Estados que pueden verse afectados están dispuestos a contribuir a los gastos de las medidas preventivas puede ser razonable, teniendo en cuenta otros factores, esperar que el Estado de origen tome medidas preventivas más costosas pero más eficaces.

9) En el apartado f) se comparan las normas de protección solicitadas del Estado de origen con las aplicadas a la misma actividad o una actividad comparable en el Estado que puede verse afectado. El fundamento es que, en general, podría ser irrazonable pedir al Estado de origen que cumpla una norma de prevención mucho más estricta que la que se aplicaría en los Estados que pueden verse afectados. Sin embargo, este factor no es en sí mismo concluyente. Puede haber situaciones en que el Estado de origen haya de aplicar a la actividad normas de prevención superiores a las aplicadas en los Estados que pueden resultar afectados, es decir cuando el Estado de origen es un Estado muy desarrollado y aplica reglamentaciones legales sobre el medio ambiente establecidas en el plano interno. Estas reglamentaciones pueden ser considerablemente más estrictas que las aplicadas en un Estado de origen que, por hallarse en determinada fase de desarrollo, tenga (y ciertamente necesite) pocas reglamentaciones, si es que las tiene, sobre las normas de prevención. Teniendo en cuenta otros factores, el Estado de origen puede tener que aplicar sus propias normas de prevención, más estrictas que las de los Estados que pueden verse afectados.

10) Los Estados deben también tener en cuenta las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en otras regiones o, si existen, las normas internacionales de prevención aplicables a actividades similares. Esto reviste especial importancia cuando, por ejemplo, los Estados interesados no disponen de ninguna norma de prevención en relación con esas actividades o desean mejorar las normas existentes.

Capítulo VI

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados

382. En su 2376ª sesión, celebrada el 22 de julio de 1994, la Comisión designó al Sr. Alain Pellet Relator Especial para el tema "La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados".

B. La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas

383. También en su 2376ª sesión, el 22 de julio de 1994, la Comisión designó al Sr. Vaclav Mikulka Relator Especial para el tema "La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas".

C. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

384. En su 2328ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 1994, la Comisión tomó nota de que en el párrafo 10 de la resolución 48/31, la Asamblea General le pide:

"a) Que examine detenidamente:

i) La planificación de sus actividades y su programa durante el mandato de sus miembros, teniendo presente la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos;

ii) Sus métodos de trabajo en todos sus aspectos, teniendo presente que el escalonamiento del examen de algunos temas puede contribuir, entre otras cosas, a que el examen de su informe en la Sexta Comisión sea más eficaz;

b) Que siga ocupándose en particular de que, en su informe anual, se indiquen en cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés para la continuación de sus trabajos que los gobiernos expresaran sus opiniones en la Sexta Comisión o por escrito."

385. La Comisión convino en que esta cuestión se abordase en relación con el tema 7 de su programa, titulado "Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación", y en que este tema fuese examinado por el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada.

386. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. El Grupo tuvo ante sí la sección del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su cuadragésimo séptimo período de sesiones titulada "Programa de trabajo de la Comisión" (A/CN.4/457, párrs. 432 a 443).
El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto, y Asesor Jurídico, dirigió la palabra al Grupo de Planificación en su primera sesión.

Planificación de las actividades para el resto del quinquenio

387. El actual programa de trabajo está integrado por los siguientes temas: Responsabilidad de los Estados; Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados; y La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas[476].

388. De conformidad con el inciso i) del apartado a) del párrafo 10 de la resolución 48/31 de la Asamblea General, la Comisión examinó la planificación de sus actividades durante el resto del mandato de sus miembros. Al hacerlo, tuvo presente, como se solicitaba en esa resolución, la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos.

389. La Comisión convino en que, si bien la adopción de un plan rígido sería inviable, la fijación de objetivos al planificar sus actividades sería provechosa.

390. La Comisión, teniendo en cuenta los progresos realizados en relación con los temas del programa actual, así como la buena disposición que había a lograr nuevos progresos, y consciente de los distintos grados de complejidad de los diversos temas, confirma sus intenciones de concluir en 1996 la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En lo concerniente al tema "La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", procurará terminar en 1996 la primera lectura del proyecto de artículos sobre las actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo. Además, tiene la intención de iniciar los trabajos sobre los temas "La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados" y "La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas".

Contribución de la Comisión de Derecho Internacional al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional

391. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su último período de sesiones, el Grupo de Trabajo establecido en el 44º período de sesiones (1992) para examinar la cuestión de la contribución de la Comisión de Derecho Internacional al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional se reunió bajo la presidencia del Sr. Pellet a fin de formular propuestas acerca de la publicación, con ocasión del Decenio, de una colección de estudios preparados por los miembros de la Comisión. Además de su Presidente, el Grupo de Trabajo estuvo integrado por el Sr. Awn Al-Khasawneh, el Sr. James Crawford, el Sr. Salifov Fomba, el Sr. Ahmed Mahiou, el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, el Sr. Robert Rosenstock, el Sr. Albert Szekely, el Sr. Christian Tomuschat y el Sr. Vladlen Vereshchetin.

---

[476] La Comisión observó que, en el párrafo 7 de su resolución 48/31, la Asamblea había hecho suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa los dos últimos temas mencionados, en la inteligencia de que la forma definitiva que se daría a la labor sobre esos temas se decidiría después de que se presentara un estudio preliminar a la Asamblea General.

392. El Presidente del Grupo de Trabajo indicó que, además de él personalmente, 32 miembros estaban dispuestos a aportar contribuciones a la publicación, en la inteligencia de que esas contribuciones no excederían de 15 páginas y se entregarían a la Secretaría, a más tardar, el 15 de junio de 1995. El Grupo de Trabajo acordó el contenido provisional de la publicación, habida cuenta de los deseos expresados por los distintos miembros. A fin de reducir los costos al mínimo, recomendó que, en la fase actual, la colección fuese una publicación bilingüe que incluyese contribuciones en inglés o en francés, quedando entendido, sin embargo, que la Secretaría se esforzaría por disponer la traducción al inglés o al francés de los artículos que se presentaran en uno de los otros cuatro idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

393. La Comisión aprobó el plan de la publicación y los medios materiales de llevar el proyecto a la práctica, según los describió el Presidente del Grupo de Trabajo. Recomendó asimismo que la Asamblea General estudiara la posibilidad de asignar fondos para la publicación del documento en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas y que los Estados Miembros en los que se hubieran establecido comités nacionales para el Decenio alentaran a esos comités a tomar disposiciones para la traducción y distribución de la publicación, en sus respectivos idiomas, a fin de asegurar la difusión más amplia posible entre los especialistas y los estudiantes del derecho internacional en todo el mundo.

394. La Comisión decidió que el Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Pellet prosiguiera su labor encaminada a formular recomendaciones sobre otras contribuciones de la Comisión al Decenio para el Derecho Internacional y que esas recomendaciones se le sometieran en su próximo período de sesiones.

Documentación de la Comisión

395. Se informó a la Comisión de que su Presidente había recibido del Presidente del Comité de Conferencias una comunicación en la que se indicaba que la Asamblea General, en el párrafo 16 de su resolución 47/202 B, había decidido que se hiciera un examen global de, entre otras cosas, la necesidad, la utilidad y la publicación a tiempo de las actas literales y resumidas y que, en el párrafo 3 de la resolución 48/222 B, la Asamblea alentaba a todos los órganos que en ese momento tenían derecho a que se levantaran actas de sus reuniones a que examinaran la necesidad de esas actas y comunicaran sus recomendaciones a la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones.

396. La Comisión desea hacer constar su reconocimiento a la Asamblea General por haber mantenido las actas resumidas de las sesiones de la Comisión al adoptar el 21 de diciembre de 1990 su resolución 45/238 B, que se recuerda en el preámbulo de la resolución 48/222 B.

397. La Comisión, atendiendo a la resolución 48/222 B de la Asamblea General, ha examinado cuidadosamente la cuestión y ha llegado a la conclusión de que los puntos de vista que en el pasado había tenido ocasión de expresar sobre este asunto seguían siendo válidos. En consecuencia, desea reiterarlos ahora de la manera siguiente.

398. La Comisión sabe muy bien que el costo de preparar las actas no tiene nada de insignificante y de ningún modo quiere restar importancia o aliento a los esfuerzos generalizados de la Organización para efectuar economías y reducir la carga financiera y administrativa que pesa sobre ella. Pero, al propio tiempo, la Comisión se considera obligada a señalar a la atención de la Asamblea General que, en el caso de la Comisión, la cuestión de continuar proporcionando actas resumidas no es exclusivamente una cuestión presupuestaria y administrativa,

porque entraña además, y sobre todo, cuestiones de política jurídica que afectan al proceso de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, emprendido por las Naciones Unidas en cumplimiento del apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta. A juicio de la Comisión, es indudable que el hecho de dejar de preparar actas resumidas de sus sesiones se haría sentir en los procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y tendría consecuencias negativas para el cumplimiento por la Comisión de las tareas que la Asamblea General le ha confiado. La necesidad de las actas resumidas en el contexto de los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión está determinada, entre otras cosas, por las funciones de la Comisión y su composición. Como su tarea consiste principalmente en redactar proyectos que proporcionen una base para la elaboración por los Estados de instrumentos jurídicos, los debates y las discusiones que se celebran en la Comisión sobre las formulaciones propuestas revisten una importancia primordial, tanto respecto del fondo como de la forma, para la comprensión de los textos que la Comisión propone a los Estados. Por otra parte, los miembros de la Comisión actúan, en cumplimiento del Estatuto de ésta, a título personal y no representan a los gobiernos. En consecuencia, los Estados tienen un interés legítimo en conocer no sólo las conclusiones de la Comisión en su conjunto tal como constan en sus informes, sino también las de sus distintos miembros, que figuran en las actas resumidas de la Comisión, sobre todo si se tiene presente que los miembros de la Comisión son elegidos por la Asamblea General a fin de asegurar que estén representadas en la Comisión las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Además, las actas resumidas de la Comisión constituyen también un medio de hacer accesibles a las instituciones internacionales, a las sociedades científicas, a las universidades y al público en general las deliberaciones de la Comisión, y a este respecto desempeñan un papel importante para promover los conocimientos y el interés por el proceso de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

399. Las consideraciones antes expuestas han movido a la Comisión a recomendar a la Asamblea General que se sigan preparando actas resumidas de las sesiones de la Comisión y que se sigan publicando esas actas en el volumen I del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. La continuación del presente sistema de actas resumidas corresponde a lo que ha sido una política constante de la Asamblea General desde que se creó la Comisión y constituye una necesidad fundamental de los procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y del proceso de codificación y desarrollo del derecho internacional en general.

Métodos de trabajo

400. La Comisión, en su último período de sesiones, había manifestado su intención de examinar las condiciones en que se discutían y adoptaban los comentarios con miras a la posible formulación de directrices al respecto. No pudo, por falta de tiempo, examinar este asunto en todos sus aspectos. Convino, sin embargo, en que era conveniente que los comentarios a los proyectos de artículos fueran abordados lo antes posible en el curso de cada período de sesiones, para que recibieran la debida atención, y que, en todo caso, fueran examinados por separado, no en el marco del examen del informe de la Comisión a la Asamblea General. La Comisión ya había adoptado medidas en ese sentido en el período de sesiones en curso.

401. La Comisión tiene la intención de examinar a fondo la cuestión de los comentarios en su próximo período de sesiones.

Duración del próximo período de sesiones

402. La Comisión reitera su opinión de que las exigencias de la labor del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación y la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa hacen aconsejable que se mantenga la duración habitual de los períodos de sesiones. La Comisión señala que ha utilizado plenamente el tiempo y los servicios puestos a su disposición durante el actual período de sesiones.

D. Cooperación con otros organismos

403. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de agosto de 1993 del Comité Jurídico Internacional, celebrado en Río de Janeiro, por el Sr. Carlos Calero Rodrigues, quien asistió 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 Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones por el Sr. José Luis Siqueiros. El Sr. Siqueiros dirigió la palabra a la Comisión en su 2358ª sesión, celebrada el 28 de junio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

404. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de 1994 del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en Tokio, por el Sr. Vladlen Vereshchetin, 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. Tang Changyuan, y por el Sr. Bhagwat Singh. El Sr. Tang dirigió la palabra a la Comisión en su 2350ª sesión, el 7 de junio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

405. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de diciembre de 1993 del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo, por el Sr. Gudmundur Eiriksson, quien asistió 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 presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Hans J. Nilsson. El Sr. Nilsson dirigió la palabra a la Comisión en su 2360ª sesión, celebrada el 5 de julio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

E. Fecha y lugar del 47º período de sesiones

406. La Comisión acordó celebrar su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 2 de mayo al 21 de julio de 1995.

F. Representación en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público (Nueva York, 13 a 17 de marzo de 1995)

407. La Comisión decidió hacerse representar en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público por su Presidente, el Sr. Vladlen Vereshchetin[477].

G. Seminario de Derecho Internacional

408. En cumplimiento de la resolución 48/31 de la Asamblea General, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra organizó durante el período de sesiones en curso de la Comisión la 30ª reunión del Seminario de Derecho Internacional. 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.

409. Un Comité de selección presidido por el Profesor Philippe Cahier (Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, Ginebra) se reunió el 18 de marzo de 1994 y, después de examinar unas 70 solicitudes de participación en el Seminario seleccionó a 24 candidatos de nacionalidades diferentes, procedentes en su mayoría de países en desarrollo. Veintitrés de los candidatos seleccionados pudieron participar en la reunión del Seminario[478].

410. La reunión del Seminario se celebró en el Palacio de las Naciones del 24 de mayo al 10 de junio de 1994 bajo la dirección de la Sra. Meike Noll-Wagenfeld, de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Fue abierta por el Presidente de la Comisión, Sr. Vladlen Vereshchetin. Durante las tres semanas de la reunión, los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y a conferencias organizadas especialmente para ellos.

411. Varios miembros de la Comisión pronunciaron las siguientes conferencias: Sr. Ahmed Mahiou, "La labor de la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Vaclav Mikulka, "La sucesión de Estados en materia de tratados (evolución reciente)";

---

[477] En su 2376ª sesión, celebrada el 22 de julio de 1994, la Comisión pidió al Sr. James Crawford, Presidente del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatutos de un tribunal penal internacional, que asistiese al cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, con arreglo al contenido del párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea. La Comisión hizo una petición análoga al Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial del derecho de uso de cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuya asistencia al cuadragésimo noveno período de sesiones no tendrá consecuencias financieras.

[478] La lista de participantes en la 30ª reunión del Seminario de Derecho Internacional era la siguiente: Sr. Jassem Bin Nasser Al Thani (Qatar); Sra. Kangne Barry (Guinea); Sr. Eugen Carpov (Moldova); Sra. Carmen Isabel Claramunt (Costa Rica); Sr. Petrus Compton (Santa Lucía); Sr. Pierre D'Argent (Bélgica); Sr. Ehud-Moshe Eitam (Israel); Sr. Mete Erdem (Turquía); Sra. Socorro Flores-Liera (México); Sr. Brahima Fomba (Malí); Sr. Ghazi Gherairi (Túnez); Sr. Jian Guan (China); Sr. Munyaradzi Gwisai (Zimbabwe); Sra. Aymée Hernández Quesada (Cuba); Sr. Adolf Huala (Indonesia); Sr. Bernard Kishoiyian (Kenya); Sra. Evaggelia Kleftodimou (Grecia); Sr. Milan Kollar (Eslovaquia); Sra. Elvira Méndez Chang (Perú); Sr. Sergeiy Meshcheryak (Ucrania); Sra. Michèle Olivier (Sudáfrica); Sr. Kégham Tamamian (Siria); Sra. Deepika Udagama (Sri Lanka).

Sr. Francisco Villagrán-Kramer, "La inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción civil y comercial"; Sr. Alexander Yankov, "Consecuencias jurídicas e institucionales de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas".

412. Además, pronunciaron conferencias la Sra. B. Molina-Abram, de la Oficina de Asuntos Jurídicos, "La Comisión de Crímenes de Guerra y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia"; Sra. B. Mukherjee, Centro de Derechos Humanos, "La Conferencia Mundial de Derechos Humanos y sus actividades complementarias"; Sr. A. Noll, Asesor Jurídico, Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), "Características de la nueva Constitución y Convención de la UIT, Ginebra, 1992, a la luz de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados"; Sra. D. Plattner, Asesora, División Jurídica, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), "Mandato y condición jurídica del CICR"; Sr. F. Roessler, Director de la División de Asuntos Jurídicos, GATT, "La Organización Mundial de Comercio: algunos aspectos jurídicos".

413. Se crearon, por iniciativa del Sr. Christian Tomuschat, tres grupos de trabajo que trataron de los temas siguientes: 1) "Base jurídica para el establecimiento de un tribunal penal internacional", bajo la dirección del Sr. Francisco Villagrán-Kramer; 2) "Los crímenes internacionales - Artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados", bajo la dirección del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz; 3) "Reservas a los tratados multilaterales", bajo la dirección del Sr. Christian Tomuschat. Cada grupo de trabajo preparó una ponencia sobre su tema que se presentó verbalmente. Un ejemplar de cada ponencia se puso a disposición de los miembros de la Comisión.

414. Como ya es tradicional durante la celebración del Seminario, los participantes disfrutaron de la hospitalidad de la República y Cantón de Ginebra.

415. Al finalizar la reunión del Seminario, el Sr. Vladlen Vereshchetin y la Sra. Noll-Wagenfeld, en nombre del Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, dirigieron la palabra a los participantes. El Sr. Ghazi Gherairi dirigió la palabra a la Comisión en nombre de los participantes. En el curso de esa breve ceremonia, cada participante recibió un certificado de asistencia o participación en la 30ª reunión del Seminario.

416. Las contribuciones voluntarias de los Estados Miembros al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional permiten conceder becas, principalmente a participantes de países en desarrollo. La Comisión tomó nota con particular satisfacción de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Islandia, Noruega y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias a ese Fondo. Gracias a esas contribuciones había sido posible conceder un número suficiente de becas para lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes y hacer venir de países lejanos a candidatos de mérito que, de no ser así, no habrían podido participar en la reunión. El presente año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 14 participantes y becas parciales (dietas solamente) a dos participantes. Así, pues, se han concedido becas a 342 participantes de los 667 que han sido admitidos desde el comienzo del Seminario en 1964, que representan a 132 nacionalidades.

417. La Comisión subraya la importancia que atribuye a la reunión del Seminario, que brinda a jóvenes juristas, y especialmente a los de países en desarrollo, la posibilidad de familiarizarse con los trabajos de la Comisión y con las

actividades de las numerosas organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Como se han agotado casi todos los fondos disponibles, la Comisión recomienda que la Asamblea General haga de nuevo un llamamiento a los Estados que estén en condiciones de hacerlo para que aporten las contribuciones voluntarias que se necesitan para la celebración del Seminario de 1995 con la participación más amplia posible.

418. La Comisión tomó nota con pesar de que en 1994 se habían puesto a disposición del Seminario servicios muy limitados de interpretación y expresó la esperanza de que se hiciera todo lo posible para proporcionar al Seminario en futuras reuniones servicios y medios completos, pese a las limitaciones financieras existentes.