



Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**55° período de sesiones
(5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio
a 8 de agosto de 2003)**

Asamblea General

Documentos Oficiales

58° período de sesiones

Suplemento No. 10 (A/58/10)

Asamblea General
Documentos Oficiales
58º período de sesiones
Suplemento No. 10 (A/58/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**55º período de sesiones
(5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2003)**



Naciones Unidas • Nueva York, 2003

Nota

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen 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*, 2003, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN.....	1 - 13	1
A. Composición	2 - 4	1
B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada	5 - 7	2
C. Comité de Redacción	8 - 9	3
D. Grupos de Trabajo	10 - 11	3
a) Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.....	10	3
b) Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática	10	3
c) Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)	10	4
d) Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados	10	4
e) Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional	10	4
E. Secretaría	12	4
F. Programa.....	13	4
II. RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 55° PERÍODO DE SESIONES	14 - 24	6
III. CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN.....	25 - 40	8
A. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.....	26 - 27	8

GE.03-64002 (S) 290803 150903

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. (continuación)		
B. Protección diplomática	28 - 29	9
C. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)	30	9
D. Actos unilaterales	31 - 33	10
E. Las reservas a los tratados	34 - 39	10
F. Recursos naturales compartidos	40	12
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	41 - 54	13
A. Introducción	41 - 42	13
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	43 - 52	13
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión	53 - 54	16
1. Texto de los proyectos de artículo	53	16
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados en el 55º período de sesiones de la Comisión	54	17
Artículo 1. Ámbito del presente proyecto de artículos		17
Comentario		17
Artículo 2. Términos empleados		21
Comentario		22
Artículo 3. Principios generales		29
Comentario		29

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	55 - 153	34
A. Introducción	55 - 65	34
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	66 - 151	36
1. Artículo 17	70 - 92	36
a) Presentación por el Relator Especial	70 - 75	36
b) Resumen del debate	76 - 86	38
c) Conclusiones del Relator Especial.....	87 - 89	40
d) Establecimiento de un grupo de trabajo.....	90 - 92	41
2. Artículo 18	93 - 104	42
a) Presentación por el Relator Especial	93 - 95	42
b) Resumen del debate	96 - 101	43
c) Conclusiones del Relator Especial.....	102 - 104	44
3. Artículo 19	105 - 113	45
a) Presentación por el Relator Especial	105 - 107	45
b) Resumen del debate	108 - 112	46
c) Conclusiones del Relator Especial.....	113	47
4. Artículo 20	114 - 123	47
a) Presentación por el Relator Especial	114 - 116	47
b) Resumen del debate	117 - 122	48
c) Conclusiones del Relator Especial.....	123	49
5. Artículo 21	124 - 139	49
a) Presentación por el Relator Especial	124 - 127	49

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. B. 5. (continuación)		
b) Resumen del debate	128 - 135	51
c) Conclusiones del Relator Especial.....	136 - 139	52
6. Artículo 22	140 - 151	53
a) Presentación por el Relator Especial	141 - 142	53
b) Resumen del debate	143 - 148	54
c) Conclusiones del Relator Especial.....	149 - 151	56
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.....	152 - 153	57
1. Texto de los proyectos de artículo.....	152	7
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados en el 55º período de sesiones de la Comisión.....	153	61
Artículo 8 [10] Agotamiento de los recursos internos.....		61
Comentario		61
Artículo 9 [11] Tipo de reclamaciones		65
Comentario		65
Artículo 10 [14] Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos		69
Comentario		69
VI. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN CASO DE PÉRDIDA CAUSADA POR UN DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS)	154 - 231	80

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VI. (continuación)		
A. Introducción	154 - 164	80
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	165 - 166	83
1. Presentación del primer informe por el Relator Especial.....	167 - 175	83
2. Resumen del debate.....	176 - 224	88
a) Observaciones generales.....	176 - 192	88
b) Observaciones sobre las conclusiones y propuestas del Relator Especial	193 - 224	92
1) La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de otros regímenes de responsabilidad civil (párr. 174, apartado c), inciso 1)).....	197 - 199	93
2) La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de las reclamaciones presentadas conforme al derecho internacional (párr. 174, apartado c), inciso 2)).....	200	94
3) El alcance del tema debería ser el mismo que el de los proyectos de artículo sobre la prevención (párr. 174, apartado c), inciso 3))	201 - 202	94
4) Aplicación del mismo umbral de "daño sensible" en los proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo (párr. 174, apartado c), inciso 4)).....	203	94
5) La excepción de la responsabilidad (<i>liability</i>) de los Estados como base de un modelo de responsabilidad (<i>liability</i>) (párr. 174, apartado c), inciso 5)).....	204	95
6) La responsabilidad (<i>liability</i>) de la persona que ejerza la dirección y el control (párr. 174, apartado c), inciso 6)).....	205 - 206	95

ÍNDICE (continuación)

Capítulo	Párrafos	Página
VI. B. 2. b) (continuación)		
7) El criterio del carácter razonable como base de la prueba del nexo causal (párr. 174, apartado c), inciso 7)).....	207	96
8) Excepciones al principio de responsabilidad (<i>liability</i>) limitada (párr. 174, apartado c), inciso 8)).....	208	96
9) Responsabilidad (<i>liability</i>) solidaria (párr. 174, apartado c), inciso 9)).....	209	96
10) Responsabilidad (<i>liability</i>) limitada completada mediante mecanismos de financiación complementaria (párr. 174, apartado c), inciso 10)).....	210 - 215	96
11) Otras obligaciones de los Estados, incluida la disponibilidad de vías de recurso (párr. 174, apartado c), incisos 11 y 12))	216 - 218	98
12) Daños al medio ambiente, el medio ambiente en sí y pérdida de ganancias o de actividades turísticas (párr. 174, apartado c), incisos 13 y 14))	219 - 221	98
13) Forma del instrumento.....	222 - 224	99
3. Conclusiones del Relator Especial	225 - 231	100
VII. ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS	232 - 308	102
A. Introducción	232 - 243	102
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	244 - 302	104
1. Presentación por el Relator Especial de su sexto informe ...	246 - 271	104
2. Resumen del debate.....	272 - 297	107
3. Conclusiones del Relator Especial	298 - 302	111

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. (continuación)		
C. Informe del Grupo de Trabajo	303 - 308	112
1. Alcance del tema	304 - 306	112
2. Método de trabajo.....	307 - 308	113
VIII. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS	309 - 368	115
A. Introducción	309 - 325	115
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	326 - 366	118
1. Presentación por el Relator Especial de su octavo informe	332 - 339	119
2. Resumen del debate.....	340 - 359	123
3. Conclusiones del Relator Especial	360 - 366	126
C. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.....	367 - 368	127
1. Texto de los proyectos de directriz	367	127
2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobado en el 55º período de sesiones de la Comisión.....	368	146
Nota explicativa		146
Comentario.....		147
2.5. Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas.....		147
Comentario.....		147

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VIII. C. 2. 2.5. (continuación)		
2.5.1. Retiro de las reservas		148
Comentario		148
2.5.2. Forma del retiro		158
Comentario		158
2.5.3. Reexamen periódico de la utilidad de las reservas		164
Comentario		164
2.5.4. [2.5.5] Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional		167
Comentario		168
2.5.5. [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas, relativas al retiro de reservas.....		176
Comentario		176
2.5.6. Comunicación del retiro de reservas		178
Comentario		178
2.5.7. [2.5.7, 2.5.8] Efecto del retiro de una reserva		184
Comentario		184
2.5.8. [2.5.9] Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva.....		189
Comentario		189
Cláusula tipo A - Aplazamiento de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva		196
Comentario		197

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VIII. C. 2. (continuación)		
Cláusula tipo B - Reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva.....		197
Comentario		197
Cláusula tipo C - Libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva.....		198
Comentario		198
2.5.9. [2.5.10] Casos en que el Estado o la organización internacional autora de la reserva pueden fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva		199
Comentario		199
2.5.10. [2.5.11] Retiro parcial de una reserva.....		201
Comentario		201
2.5.11. [2.5.12] Efecto del retiro parcial de una reserva.....		212
Comentario		213
IX. RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS.....369 - 406		217
A. Introducción.....369 - 371		217
B. Examen del tema en el actual período de sesiones.....372 - 406		217
1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe .374 - 381		217
2. Resumen del debate.....382 - 402		219
3. Conclusiones del Relator Especial.....403 - 406		221
X. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL		223
A. Introducción.....407 - 411		223

ÍNDICE (continuación)

Capítulo	Párrafos	Página
X. (continuación)		
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	412 - 414	224
C. Informe del Grupo de Estudio	415 - 435	224
1. Observaciones generales	415 - 423	224
2. Calendario provisional, programa de trabajo y metodología.....	424 - 428	228
3. Examen del estudio sobre la función y el alcance de la norma de la <i>lex specialis</i> y la cuestión de los "regímenes autónomos" (<i>self-contained regimes</i>).....	429 - 435	229
XI. OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN..	436 - 470	231
A. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión.....	436 - 438	231
1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	439	231
2. Documentación de la Comisión	440 - 443	231
3. Relaciones de la Comisión de Derecho Internacional con la Sexta Comisión.....	444 - 446	233
4. Honorarios.....	447	234
B. Fecha y lugar de celebración del 56º período de sesiones de la Comisión.....	448	234
C. Cooperación con otros organismos.....	449 - 455	234
D. Representación en el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General.....	456 - 457	235
E. Seminario de Derecho Internacional.....	458 - 470	235

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró en su sede permanente de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra la primera parte de su 55º período de sesiones del 5 de mayo al 6 de junio de 2003 y la segunda parte del 7 de julio al 8 de agosto de 2003. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Robert Rosenstock, Presidente de la Comisión en su 54º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
Sr. Husain Al-Baharna (Bahrein)
Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
Sr. Joao Clemente Baena Soares (Brasil)
Sr. Ian Brownlie (Reino Unido)
Sr. Enrique J. A. Candioti (Argentina)
Sr. Choung Il Chee (República de Corea)
Sr. Pedro Comissario Afonso (Mozambique)
Sr. Riad Daoudi (República Árabe Siria)
Sr. Christopher John Robert Dugard (Sudáfrica)
Sr. Constantin P. Economides (Grecia)
Sra. Paula Escameia (Portugal)
Sr. Salifou Fomba (Malí)
Sr. Giorgio Gaja (Italia)
Sr. Zdzislaw Galicki (Polonia)
Sr. Peter C. R. Kabatsi (Uganda)
Sr. Maurice Kamto (Camerún)
Sr. James Lutabanzibwa Kateka (República Unida de Tanzania)
Sr. Fathi Kemicha (Túnez)
Sr. Roman Anatolyevith Kolodkin (Federación de Rusia)
Sr. Martti Koskenniemi (Finlandia)
Sr. William Mansfield (Nueva Zelanda)
Sr. Michael Matheson (Estados Unidos)¹
Sr. Theodor Viorel Melescanu (Rumania)
Sr. Djamchid Momtaz (República Islámica del Irán)
Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
Sr. Didier Opertti Badan (Uruguay)
Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabón)
Sr. Allain Pellet (Francia)
Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India)

¹ Véase párr. 4.

Sr. Víctor Rodríguez Cedeño (Venezuela)
Sr. Robert Rosenstock (Estados Unidos)²
Sr. Bernardo Sepúlveda (México)
Sra. Hanqin Xue (China)
Sr. Chusei Yamada (Japón)

3. En su 2751ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 2003, la Comisión eligió al Sr. Constantin P. Economides (Grecia), al Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Federación de Rusia) y al Sr. Teodor Viorel Melescanu (Rumania) para proveer las vacantes imprevistas creadas por el fallecimiento del Sr. Valery Kuznetsov y por la elección del Sr. Bruno Simma y el Sr. Peter Tomka a la Corte Internacional de Justicia.

4. En su 2770ª sesión, el 7 de julio de 2003, la Comisión eligió al Sr. Michael Matheson (Estados Unidos de América) para cubrir la vacante imprevista creada por la dimisión del Sr. Robert Rosenstock.

B. Mesa de la Comisión y Mesa Ampliada

5. En su 2751ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 2003, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Enrique Candioti
<i>Primer Vicepresidente:</i>	Sr. Teodor Viorel Melescanu
<i>Segundo Vicepresidente:</i>	Sr. Choung Il Chee
<i>Presidente del Comité de Redacción:</i>	Sr. James L. Kateka
<i>Relator:</i>	Sr. William Mansfield

6. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión³ y los Relatores Especiales⁴.

7. Por recomendación de la Mesa ampliada, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los miembros siguientes: Sr. T. V. Melescanu (Presidente), Sr. E. A. Addo, Sr. J. C. Baena Soares, Sr. I. Brownlie, Sr. C. I. Chee, Sr. C. J. R. Dugard, Sr. C. P. Economides, Sra. P. Escameia, Sr. S. Fomba, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. P. C. R. Kabatsi,

² *Ibíd.*

³ Sr. J. C. Baena Soares, Sr. Z. Galicki, Sr. P. C. R. Kabatsi, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao, Sr. R. Rosenstock y Sr. C. Yamada.

⁴ Sr. C. J. R. Dugard, Sr. G. Gaja, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao, Sr. V. Rodríguez Cedeño y Sr. C. Yamada.

Sr. M. Koskenniemi, Sr. M. J. Matheson⁵, Sr. Opertti Badan, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao, Sr. V. Rodríguez Cedeño, Sr. R. Rosenstock⁶, Sr. B. Sepúlveda, Sr. C. Yamada y Sr. W. Mansfield (*ex officio*).

C. Comité de Redacción

8. En sus sesiones 2751^a, 2753^a y 2764^a, celebradas respectivamente los días 5, 7 y 28 de mayo de 2003, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

- a) *Reservas a los tratados*: Sr. J. L. Kateka (Presidente), Sr. A. Pellet (Relator Especial), Sr. P. Comissario Afonso, Sra. P. Escameia, Sr. S. Fomba, Sr. G. Gaja, Sr. M. Kamto, Sr. V. Rodríguez Cedeño, Sr. R. Rosenstock, Sra. H. Xue, Sr. C. Yamada y Sr. W. Mansfield (*ex officio*).
- b) *Protección diplomática*: Sr. J. L. Kateka (Presidente), Sr. C. J. R. Dugard (Relator Especial), Sr. E. Addo, Sr. I. Brownlie, Sra. P. Escameia, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. P. Kabatsi, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. M. Koskenniemi, Sr. D. Momtaz, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. R. Rosenstock, Sr. B. Sepúlveda, Sr. C. Yamada y Sr. W. Mansfield (*ex officio*).
- c) *Responsabilidad de las organizaciones internacionales*: Sr. J. L. Kateka (Presidente), Sr. G. Gaja (Relator Especial), Sr. I. Brownlie, Sr. C. I. Chee, Sr. R. Daoudi, Sr. C. Economides, Sra. P. Escameia, Sr. S. Fomba, Sr. M. Koskenniemi, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. P. S. Rao, Sr. B. Sepúlveda, Sr. C. Yamada y Sr. W. Mansfield (*ex officio*).

9. El Comité de Redacción celebró un total de 11 sesiones sobre los tres temas indicados.

D. Grupos de Trabajo

10. En sus 2756^a, 2758^a, 2762^a, 2769^a y 2771^a sesiones, celebradas respectivamente los días 13, 16 y 23 de mayo, 6 de junio y 8 de julio de 2003, la Comisión también estableció los siguientes Grupos de Trabajo y Grupo de Estudio de composición abierta:

- a) *Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*:
Presidente: Sr. G. Gaja
- b) *Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática*:
Presidente: Sr. C. J. R. Dugard

⁵ Véase *supra*, nota 1.

⁶ *Ibíd.*

- c) *Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas):*

Presidente: Sr. P. S. Rao

- d) *Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados:*

Presidente: Sr. A. Pellet

- e) *Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional:*

Presidente: Sr. M. Koskenniemi

11. El 16 de mayo de 2003 el Grupo de Planificación reconstituyó un *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo* integrado por los siguientes miembros: Sr. A. Pellet (Presidente), Sr. J. C. Baena Soares, Sr. Z. Galicki, Sr. M. Kamto, Sr. M. Koskenniemi, Sra. H. Xue y Sr. W. Mansfield (*ex officio*).

E. Secretaría

12. El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. La Sra. Mahnoush H. Arsanjani, Directora Adjunta de la División de Codificación, desempeñó la función de Secretaria Adjunta de la Comisión. El Sr. George Korontzis, oficial jurídico superior, desempeñó la función de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión; el Sr. Trevor Chimimba, el Sr. Renan Villacis y el Sr. Arnold Pronto, oficiales jurídicos, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

13. En su 2751ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 2003, la Comisión aprobó el programa de su 55º período de sesiones, que comprendía los siguientes temas:

1. Provisión de las vacantes ocurridas después de la elección.
2. Organización de los trabajos del período de sesiones.
3. Protección diplomática.
4. Reservas a los tratados.
5. Actos unilaterales de los Estados.

6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas).
7. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.
8. Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.
9. Recursos naturales compartidos.
10. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión.
11. Cooperación con otros organismos.
12. Fecha y lugar de celebración del 56º período de sesiones.
13. Otros asuntos.

Capítulo II

RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 55º PERÍODO DE SESIONES

14. En lo que respecta al tema "Responsabilidad de las organizaciones internacionales", la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/532), que versaba sobre el ámbito del estudio y los principios generales relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. En el informe se proponían tres proyectos de artículo que fueron examinados por la Comisión y remitidos al Comité de Redacción. La Comisión aprobó los artículos 1 a 3 recomendados por el Comité de Redacción, con sus comentarios (cap. IV).

15. En relación con el tema "Protección diplomática", la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial⁷, que versaba sobre los proyectos de artículo 17 a 22 relativos a la protección diplomática de las sociedades y de sus accionistas y de otras personas jurídicas. La Comisión examinó y remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 17 a 22. Aprobó además los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14], con los comentarios correspondientes, por recomendación del Comité de Redacción (cap. V).

16. En lo que se refiere al tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)", la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial⁸ sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida. En el informe se examinaban los trabajos de la Comisión en años anteriores, se analizaban los regímenes de responsabilidad de diversos instrumentos y se sometían unas conclusiones a la consideración de la Comisión. La Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que ayudara al Relator Especial a estudiar la futura orientación del tema a la luz de su informe y del debate en la Comisión (cap. VI).

17. En cuanto al tema "Actos unilaterales de los Estados", la Comisión examinó el sexto informe del Relator Especial⁹, que giraba en torno al acto unilateral de reconocimiento. La Comisión aprobó también las recomendaciones del Grupo de Trabajo relativas a la definición del alcance del tema y del método de trabajo (cap. VII).

18. En lo que se refiere al tema "Reservas a los tratados", la Comisión aprobó 11 proyectos de directriz (con tres cláusulas tipo) sobre el retiro y la modificación de las reservas. La Comisión también examinó el octavo informe del Relator Especial¹⁰ y remitió al Comité de Redacción

⁷ A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1.

⁸ A/CN.4/531.

⁹ A/CN.4/534.

¹⁰ A/CN.4/535 y Add.1.

cinco proyectos de directriz relativos al retiro y la modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas (cap. VIII).

19. Con respecto al tema "Recursos naturales compartidos", la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial¹¹. En el informe, que tenía carácter preliminar, se presentaban los antecedentes de la cuestión y se proponía limitar el alcance del tema al estudio de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, el petróleo y el gas, comenzando los trabajos con el estudio de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas (cap. IX).

20. En relación con el tema "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", el Grupo de Estudio de la Comisión estableció un calendario de los trabajos que había que llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003-2006), se puso de acuerdo sobre la distribución entre sus miembros de la preparación de los estudios acordados por la Comisión en 2002¹², decidió la metodología que había que adoptar para los estudios y celebró un debate preliminar sobre un esquema preparado por el Presidente acerca de "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"" (cap. X).

21. La Comisión constituyó el Grupo de Planificación para que examinara su programa, procedimientos y métodos de trabajo (cap. XI, sec. A).

22. La Comisión prosiguió el tradicional intercambio de información con la Corte Internacional de Justicia, el Comité Jurídico Interamericano, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana y el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa. Los miembros de la Comisión también celebraron sesiones oficiosas con otros organismos y asociaciones sobre cuestiones de interés mutuo (cap. XI, sec. C).

23. Se celebró un seminario de capacitación en el que participaron 24 personas de diferentes nacionalidades (cap. XI, sec. E).

24. La Comisión decidió que su próximo período de sesiones se celebrase en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en dos partes, del 3 de mayo al 4 de junio y del 5 de julio al 6 de agosto de 2004 (cap. XI, sec. B).

¹¹ A/CN.4/533 y Add.1.

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 512.

Capítulo III

CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN

25. En cumplimiento del párrafo 11 de la resolución 57/21 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002, la Comisión desea señalar en relación con algunos de los temas las cuestiones concretas respecto de las cuales las opiniones de los gobiernos, expresadas en la Sexta Comisión o por escrito, podrían revestir particular interés para orientar de manera efectiva su labor futura.

A. Responsabilidad de las organizaciones internacionales

26. El año próximo, en su estudio relativo a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, la Comisión abordará las cuestiones de atribución de un comportamiento. En los artículos 4 a 11 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se regulan algunas cuestiones análogas relativas a la atribución de un comportamiento al Estado. El párrafo 1 del artículo 4 de dicho articulado enuncia como norma general que "[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado". El párrafo siguiente dice que "órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado".

27. La Comisión desearía conocer la opinión de los gobiernos, especialmente con respecto a las cuestiones siguientes:

- a) Si la norma general sobre atribución de un comportamiento a la organización internacional debería incluir una referencia a las "reglas de la organización";
- b) En caso de que la respuesta a la cuestión a) sea afirmativa, si la definición de "reglas de la organización" que figura en el apartado j) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, es adecuada¹³;

¹³ El apartado j) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales dispone:

Se entiende por "reglas de la organización" en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida.

- c) En qué medida el comportamiento de unas fuerzas de mantenimiento de la paz es atribuible al Estado que ha aportado dichas fuerzas y en qué medida es atribuible a las Naciones Unidas.

B. Protección diplomática

28. El Relator Especial se propone presentar su último informe sobre la protección diplomática en 2004. Este informe final tratará, a título de cuestiones varias, de lo siguiente:

- a) La protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón (cuestión que la Sexta Comisión examinó en 2002);
- b) La protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental, en relación con el asunto de la *Reparación por daños*¹⁴.

29. La Comisión agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre si hay otros aspectos, además de los ya tratados en los proyectos de artículo aprobados en principio por la Comisión y de las dos cuestiones antes mencionadas, que aún deberían ser examinados por la Comisión en relación con este tema.

C. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)

30. La Comisión agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre los distintos puntos que planteó el Relator Especial y que se enumeran en el párrafo 174 del presente informe, particularmente en relación con las siguientes cuestiones:

- a) Los requisitos de fondo y de forma que el Estado debería exigir a un explotador;
- b) El fundamento y los límites de la asignación de la pérdida al explotador;
- c) Los tipos de fuentes de financiación complementarias que podrían tomarse en consideración para atender las pérdidas no cubiertas por el explotador;
- d) La naturaleza y el alcance de la financiación pública y las medidas que podrían o deberían adoptar los Estados respecto de las pérdidas no cubiertas por el explotador u otras fuentes de financiación complementarias;

¹⁴ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J., Reports 1949*, pág. 174.

- e) Teniendo en cuenta el ámbito del tema, la medida en que se debería o podría incluir en él el daño al medio ambiente en sí, es decir, el daño no incluido en el concepto de "daño" a las personas, los bienes, incluidos los bienes culturales, el medio ambiente, incluido el paisaje, y el patrimonio natural comprendido en el ámbito de la soberanía nacional y la jurisdicción interna y el patrimonio del Estado; y
- f) La forma final de la labor sobre este tema.

D. Actos unilaterales

31. El debate en la Comisión este año ha conducido a una redefinición del alcance del tema. La Comisión seguirá estudiando los actos unilaterales en estricto sentido¹⁵, como se había venido examinando el tema hasta ahora. Pero, además, iniciará el estudio de los comportamientos de los Estados que puedan producir efectos jurídicos similares a los de esos actos unilaterales con la finalidad de incluir, si procede, directrices o recomendaciones.

32. En este sentido, la Comisión quisiera conocer la opinión de los gobiernos acerca de cuáles son los comportamientos de los Estados que pueden entrar en la categoría de comportamientos que, en determinadas circunstancias, pueden crear obligaciones o producir efectos jurídicos en virtud del derecho internacional similares a los de los actos unilaterales en sentido estricto.

33. La falta de información sobre la práctica de los Estados ha sido uno de los obstáculos principales para avanzar en el estudio del tema de los actos unilaterales. Por ello, la Comisión insta una vez más a los gobiernos a que proporcionen información acerca de la práctica general relativa a los actos unilaterales y el comportamiento unilateral de los Estados, en el sentido que interesa a la Comisión.

E. Las reservas a los tratados

34. En el capítulo II de su octavo informe, el Relator Especial propuso una definición de las objeciones a las reservas a fin de llenar una laguna de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que no incluían tal definición. A este respecto, el Relator Especial se basó en la intención del Estado o la organización internacional autor de la objeción de que su declaración produjera uno u otro de los efectos previstos en el apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 y el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena. En consecuencia, propuso la definición siguiente:

Proyecto de directriz 2.6.1. Definición de las objeciones a las reservas

Se entiende por "objeción" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional,

¹⁵ Un acto unilateral de un Estado es una declaración que manifiesta la voluntad o el consentimiento mediante el cual ese Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional.

como reacción a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, con objeto de impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción, en la medida determinada por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción.

35. La definición propuesta fue considerada demasiado restringida por algunos miembros de la Comisión, que opinaron que no tenía en cuenta otras categorías de declaraciones por las que los Estados expresaban su oposición a las reservas, si bien con la intención de que produjesen efectos diferentes a sus objeciones. Otros miembros estimaron que los efectos de las objeciones a la reserva según las Convenciones de Viena adolecían de grave incertidumbre y que era preferible no basarse en las disposiciones de dichos instrumentos para definir las objeciones.

36. La Comisión estaría especialmente interesada en conocer las observaciones de los gobiernos sobre esta cuestión y agradecería a los Estados que le comunicasen ejemplos concretos de objeciones que no incluyen ese vocablo (o un término equivalente) y que sin embargo son consideradas verdaderas objeciones.

37. Análogamente, la Comisión desearía conocer la opinión de los Estados sobre la postura adoptada en 1977 por el Tribunal de Arbitraje que resolvió la controversia francobritánica sobre la *Delimitación de la plataforma continental del mar de Iroise*, según la cual:

"La cuestión de si, mediante una reacción (...) [negativa a una reserva], un Estado que hace un mero comentario se reserva simplemente su postura o rechaza la única reserva en cuestión o toda la relación convencional con el Estado que hace la reserva en el marco del tratado depende, por tanto, de la intención del Estado interesado."¹⁶

- ¿Refleja esta postura la práctica?
- En caso afirmativo, ¿existen ejemplos claros de tales reacciones críticas a una reserva que, sin embargo, no pueden ser calificadas de objeciones?

38. La Comisión también agradecería a los gobiernos que hicieran observaciones sobre las ventajas y los inconvenientes de motivar de modo preciso las objeciones a las reservas formuladas por otros Estados u otras organizaciones internacionales.

¹⁶ *Reports of International Arbitral Awards, U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, págs. 32 y 33, párr. 39.

39. Hubo división de opiniones acerca del proyecto de directriz 2.3.5 (Agravación del alcance de una reserva), que se remitió al Comité de Redacción. La Comisión acogerá con especial satisfacción las opiniones de los gobiernos sobre este proyecto de directriz¹⁷.

F. Recursos naturales compartidos

40. La Comisión centrará por ahora su atención en las aguas subterráneas, dentro del tema más amplio de los recursos naturales compartidos. A juicio de la Comisión, es indispensable reunir información básica sobre los recursos de aguas subterráneas para poder enunciar en esta esfera normas apropiadas. Por consiguiente, la Comisión acogería con satisfacción la información que le proporcionasen los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre los aspectos de esa cuestión que les conciernen. Como la Comisión no ha adoptado todavía una decisión definitiva sobre las clases de aguas subterráneas que han de ser objeto del presente estudio, desearía recibir información sobre las siguientes cuestiones con respecto a los recursos más importantes de aguas subterráneas, independientemente de que estén relacionadas con aguas superficiales o de que se extiendan más allá de las fronteras nacionales:

- a) Los principales recursos de aguas subterráneas y su importancia social y económica;
- b) Los principales usos de determinadas aguas subterráneas y la práctica estatal relativa a su gestión;
- c) Los problemas de contaminación y las medidas preventivas que se adoptan;
- d) La legislación nacional, en particular la legislación de los Estados federales que rige las aguas subterráneas que atraviesan sus subdivisiones políticas, junto con información sobre la manera como se aplica;
- e) Los acuerdos y disposiciones bilaterales y multilaterales concernientes a los recursos de aguas subterráneas, en general, y los que regulan la cantidad y calidad de las aguas subterráneas, en particular.

¹⁷ Este proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.3.5. Agravación del alcance de una reserva

La modificación de una reserva existente con objeto de agravar el alcance de ésta estará sujeta a las normas aplicables a la formulación tardía de una reserva [enunciadas en las directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3].

Capítulo IV

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A. Introducción

41. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión decidió incluir el tema "Responsabilidad de las organizaciones internacionales" en su programa de trabajo a largo plazo¹⁸. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, tomó nota de la decisión de la Comisión relativa a su programa de trabajo a largo plazo y del plan de estudios del nuevo tema anexo al informe de la Comisión correspondiente a ese año. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, pidió a la Comisión que iniciara su labor sobre el tema de la "Responsabilidad de las organizaciones internacionales".

42. En su 54º período de sesiones la Comisión decidió, en su 2717ª sesión, celebrada el 8 de mayo de 2002, incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Giorgio Gaja. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema. En su informe¹⁹, el Grupo de Trabajo estudió someramente el alcance del tema, las relaciones entre el nuevo proyecto y el proyecto de artículos sobre la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", las cuestiones de atribución, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados miembros por un comportamiento que se atribuye a una organización internacional y las cuestiones relativas al contenido de la responsabilidad internacional, al modo de hacer efectiva la responsabilidad y a la solución de controversias. Al final de su 54º período de sesiones, la Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo²⁰.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

43. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/532).

44. En el primer informe se hacía una reseña de los trabajos anteriores de la Comisión sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. En primer lugar, se hacía referencia a los trabajos de la Comisión sobre el tema de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, en relación con los cuales, ya en 1963, se señaló la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales²¹. Esta cuestión se volvió a plantear en el

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, cap. IX, sec. A, párr. 729.

¹⁹ *Ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/57/10)*, cap. VIII, sec. C, párrs. 465 a 488.

²⁰ *Ibíd.*, cap. VIII, sec. B, párr. 464.

²¹ *Anuario...*, 1963, vol. II; documento A/CN.4/161 y Add.1, párr. 172, pág. 213.

contexto de los trabajos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, pero en esa ocasión se decidió no incluirla en el tema. En el informe se explicaba que, aun cuando se hubiera dejado de lado el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, algunas de las cuestiones más controvertidas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales ya se habían debatido en la Comisión durante el examen del tema que finalmente se denominó "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos". Los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado no podían dejar de incidir en el estudio sobre el nuevo tema y era razonable adoptar el mismo planteamiento en las cuestiones que eran paralelas a las que se referían a los Estados. Con ese planteamiento no se presumía que las cuestiones similares entre ambos temas hubieran de conducir necesariamente a soluciones análogas. La intención era simplemente que, en caso de que el estudio relativo a las cuestiones específicas referentes a las organizaciones internacionales produjera resultados que no difiriesen de aquellos a que había llegado la Comisión en su análisis de la responsabilidad de los Estados, el modelo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado debería servir como guía tanto en la estructura general como en la redacción concreta del nuevo texto.

45. En el primer informe, el Relator Especial examinó el ámbito de los trabajos y los principios generales relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, y se ocupó de cuestiones que correspondían a las que se habían examinado en el capítulo I ("Principios generales", arts. 1 a 3) del proyecto de artículos sobre la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos". El Relator Especial propuso tres proyectos de artículo: el artículo 1 "Ámbito del presente proyecto de artículos"²², el artículo 2 "Términos empleados"²³ y el artículo 3 "Principios generales"²⁴.

²² El artículo 1 dice así:

Ámbito del presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos se aplica a la cuestión de la responsabilidad internacional de una organización internacional por hechos que son ilícitos en derecho internacional. Se aplica también a la cuestión de la responsabilidad internacional de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

²³ El artículo 2 dice así:

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por "organización internacional" una organización que incluye Estados entre sus miembros en la medida en que ejerce en su propio nombre ciertas funciones de gobierno.

²⁴ El artículo 3 dice así:

Principios generales

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional.

46. La Comisión examinó el primer informe del Relator Especial en sus sesiones 2751^a a 2756^a y 2763^a, celebradas los días 5 a 9, 13 y 27 de mayo de 2003.

47. En su 2756^a sesión, el 13 de mayo de 2003, la Comisión remitió los proyectos de artículo 1 a 3 al Comité de Redacción y creó un grupo de trabajo de composición abierta para que examinara el proyecto de artículo 2.

48. En su 2763^a sesión, el 27 de mayo de 2003, la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 2²⁵ y remitió el texto de ese artículo, tal como había sido redactado por el Grupo de Trabajo, al Comité de Redacción.

49. La Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1, 2 y 3 en su 2776^a sesión, celebrada el 16 de julio de 2003 (véase *infra*, sec. C.1).

50. En su 2784^a sesión, el 4 de agosto de 2003, la Comisión aprobó los comentarios correspondientes a los proyectos de artículo mencionados anteriormente (véase *infra*, sec. C.2).

51. En su 2776^a sesión, el 16 de julio de 2003, la Comisión creó un grupo de trabajo de composición abierta para que asistiera al Relator Especial en su próximo informe. El Grupo de Trabajo celebró una sesión.

52. Teniendo presente la estrecha relación que existe entre este tema y la labor de las organizaciones internacionales, la Comisión, en su 2784^a sesión, el 4 de agosto de 2003, pidió a la Secretaría que distribuyera anualmente el capítulo del informe de la Comisión sobre este tema a las Naciones Unidas, a sus organismos especializados y a algunas otras organizaciones internacionales, para que hiciesen observaciones.

2. Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible a la organización internacional según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional de esa organización internacional.

²⁵ El texto del artículo 2 preparado por el Grupo de Trabajo dice lo siguiente:

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por "organización internacional" una organización instituida por un tratado u otro instrumento de derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia [distinta de la de sus miembros]. Además de Estados, una organización internacional puede contar entre sus miembros entidades distintas de los Estados.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

53. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Artículo 1

Ámbito del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho que es ilícito en virtud del derecho internacional.

2. El presente proyecto de artículos se aplica también a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por "organización internacional" una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades.

Artículo 3

Principios generales

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional.

2. Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) Es atribuible a la organización internacional según el derecho internacional;
y

b) Constituye una violación de una obligación internacional de esa organización internacional.

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados en el 55º período de sesiones de la Comisión

54. A continuación se transcribe el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 55º período de sesiones.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Artículo 1

Ámbito del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho que es ilícito en virtud del derecho internacional.

2. El presente proyecto de artículos se aplica también a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional.

Comentario

1) Se ha querido que la definición del ámbito del proyecto de artículos enunciada en el artículo 1 fuera lo más amplia y precisa posible. El artículo 1 se aplica a todas las cuestiones que se regularán en los artículos siguientes, pero sin perjuicio de la solución que finalmente se dé a esas cuestiones. Así, por ejemplo, la referencia hecha en el párrafo 2 a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional no significa que se considerará que tal responsabilidad existe.

2) En el artículo 2 se define la expresión "organización internacional" a los efectos del proyecto de artículos. Esta definición contribuye a delimitar el ámbito de aplicación del articulado.

3) La responsabilidad de una organización internacional puede ser exigida en virtud de ordenamientos jurídicos diferentes. Ante un tribunal nacional, una persona física o jurídica

probablemente invocará la responsabilidad por hecho ilícito (*responsability*) o por el daño causado (*liability*) de la organización en virtud de un derecho interno determinado.

El hecho de que en el párrafo 1 del artículo 1 y en todo el proyecto de artículos se haga referencia a la "responsabilidad internacional" (*international responsibility*) deja bien sentado que el proyecto de articulado se sitúa en el plano del derecho internacional exclusivamente para considerar si una organización internacional es responsable según ese derecho. Así, pues, las cuestiones de responsabilidad (*responsability*) o de obligación de reparar el daño causado (*liability*) en virtud de un derecho interno como tales no se rigen por el proyecto de artículos. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicabilidad de ciertos principios o normas de derecho internacional cuando la cuestión de la responsabilidad de una organización, ya sea por hecho ilícito (*responsability*), ya por el daño causado (*liability*) se plantea ante un tribunal nacional.

4) El párrafo 1 del artículo 1 versa sobre los supuestos en que una organización internacional incurre en responsabilidad internacional. El caso más frecuente será el de la organización que comete un hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, la responsabilidad de una organización internacional puede nacer también en otros supuestos. Cabe pensar, por ejemplo, en supuestos análogos a los considerados en el capítulo IV de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁶. Así, se puede tener a la organización internacional por responsable si presta ayuda o asistencia a otra organización o a un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, si dirige y controla a otra organización o a otro Estado en la comisión de tal hecho o si coacciona a otra organización o a otro Estado para que cometa un hecho que, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito. Otro supuesto en que se podrá tener a una organización internacional por responsable es el de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otra organización internacional de la que aquélla es miembro.

²⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), págs. 147 a 169.*

5) En el párrafo 1 se hace referencia a hechos que son ilícitos en virtud del derecho internacional, lo cual significa que el proyecto de artículos no toma en consideración la cuestión de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. La decisión adoptada por la Comisión de distinguir, en lo que se refiere a los Estados, entre la cuestión de la responsabilidad por actos no prohibidos y la cuestión de la responsabilidad internacional induce a adoptar la misma decisión en lo que respecta a las organizaciones internacionales. Por consiguiente, como en el caso de los Estados, la responsabilidad internacional se vincula a la violación de una obligación contraída en virtud del derecho internacional. La responsabilidad internacional, pues, sólo puede resultar de una actividad que no está prohibida por el derecho internacional cuando en relación con esa actividad se produce una violación de una obligación contraída en virtud del derecho internacional, por ejemplo, si una organización internacional no cumple la obligación de adoptar medidas preventivas en relación con una actividad no prohibida.

6) El párrafo 2 incluye en el ámbito del presente proyecto de artículos algunas cuestiones que se han enumerado, aunque no regulado, en el articulado sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Según el artículo 57 de dicho proyecto:

"Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional."²⁷

La principal cuestión que se ha dejado fuera del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, y que se examinará en el presente proyecto, es la de la responsabilidad que incumbe a un Estado que es miembro de una organización internacional por un hecho ilícito cometido por la organización.

7) El capítulo IV de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos versa sólo sobre los supuestos en que un Estado

²⁷ *Ibíd.*, pág. 399.

presta ayuda o asistencia, dirige, controla o coacciona a otro Estado²⁸. Si la cuestión de un comportamiento similar de un Estado con respecto a una organización internacional no se considera incluida, al menos por analogía, en el ámbito de aplicación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, el presente proyecto de artículos podría venir a llenar esa laguna.

8) El párrafo 2 no versa sobre las cuestiones de atribución del comportamiento a un Estado, esté o no implicada una organización internacional. El capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se refiere, bien que implícitamente, a la atribución del comportamiento a un Estado cuando una organización internacional o uno de sus órganos actúa como órgano del Estado, en general o sólo en determinados casos. El artículo 4 remite al "derecho interno del Estado" como criterio principal de identificación de los órganos del Estado, y el derecho interno raramente incluirá a una organización internacional o a uno de sus órganos entre los órganos del Estado. Ahora bien, el artículo 4 no considera como requisito necesario poseer la condición de tal órgano según el derecho interno²⁹. Por consiguiente, una organización o uno de sus órganos podrá ser considerado órgano del Estado en virtud del artículo 4 también cuando actúe como órgano *de facto* de un Estado. En tal supuesto una organización internacional puede ser asimismo, según lo dispuesto en el artículo 5, una "persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público"³⁰. El artículo 6 aborda seguidamente el supuesto en que un órgano es "puesto a disposición de un Estado por otro Estado"³¹. Un supuesto similar, que puede considerarse o no regulado implícitamente por el artículo 6, sería el de una organización internacional que pusiera uno de sus órganos a disposición de un Estado. El comentario

²⁸ Ibid., págs. 147 a 169.

²⁹ Ibid., pág. 68.

³⁰ Ibid., pág. 78.

³¹ Ibid., pág. 81.

relativo al artículo 6 señala que ese supuesto "plantea las difíciles cuestiones de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación de estos artículos [sobre la responsabilidad del Estado]"³². No se menciona a las organizaciones internacionales en los comentarios relativos a los artículos 4 y 5. Aunque todas las cuestiones de atribución de un comportamiento al Estado parecen quedar comprendidas en el ámbito de la responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos, y por consiguiente no se deberían examinar nuevamente, algunos aspectos de la atribución de un comportamiento a un Estado o a una organización internacional pueden ser aclarados en el análisis de la atribución de un comportamiento a la organización internacional.

9) El presente proyecto de artículos se ocupará de la cuestión simétrica de un Estado o un órgano del Estado que actúa como órgano de una organización internacional. Esta cuestión concierne a la atribución del comportamiento a una organización internacional y, por lo tanto, se rige por el párrafo 1 del artículo 1³³.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por "organización internacional" una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades.

³² *Ibíd.*, párrafo 9) del comentario al artículo 6, pág. 85.

³³ La Comisión no se ha pronunciado todavía acerca de si el proyecto se aplicará, y en qué medida, a las violaciones de lo que a veces se denomina el "derecho interno de las organizaciones internacionales", aunque tiene la intención de adoptar una decisión a este respecto más adelante. Por lo que respecta a los problemas que plantea el concepto del "derecho interno de las organizaciones internacionales", véase más abajo el párrafo 10) del comentario al artículo 3.

Comentario

- 1) La definición de "organización internacional" enunciada en el artículo 2 se considera una definición apropiada a los efectos del proyecto de artículos y no pretende ser una definición para todos los efectos. Destaca ciertas características comunes de las organizaciones internacionales a las que se considera que se aplican los siguientes principios y normas relativos a las organizaciones internacionales. Las mismas características pueden ser pertinentes para efectos distintos de los de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales.
- 2) El hecho de que una organización internacional no posea una o varias de las características indicadas en el artículo 2 y, por lo tanto, no esté comprendida en la definición enunciada a los efectos del presente proyecto de artículos no significa que no se apliquen también a esa organización algunos principios y normas establecidos en los artículos siguientes.
- 3) A partir de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969³⁴, varias convenciones de codificación han definido sucintamente la expresión "organización internacional" como "organización intergubernamental"³⁵. En cada uno de esos casos la definición se daba sólo para los efectos de la convención correspondiente y no para todos los efectos. El texto de algunas de esas convenciones de codificación añadía varios elementos nuevos a la definición: por ejemplo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre

³⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 445. La disposición correspondiente es la del apartado i) del párrafo 1 del artículo 2.

³⁵ Véase el apartado 1) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975 (A/CONF.67/16), el apartado n) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, pág. 3) y el apartado i) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986 (A/CONF.129/15).

organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, sólo se aplica a las organizaciones intergubernamentales con capacidad para celebrar tratados³⁶. Ningún otro elemento sería necesario en el caso de la responsabilidad internacional salvo el de estar sujeto a una obligación en virtud del derecho internacional. No obstante, es preferible adoptar una definición diferente por varias razones. En primer lugar, es cuestionable que definir una organización internacional como una organización intergubernamental proporcione mucha información; no está claro siquiera si la expresión "organización intergubernamental" se refiere al instrumento constitutivo o a los miembros de la organización. En segundo lugar, el término "intergubernamental" es de todos modos inadecuado hasta cierto punto porque varias organizaciones internacionales importantes han sido creadas por órganos del Estado distintos del gobierno, o por esos órganos junto con el gobierno, y porque los Estados no siempre están representados por el gobierno en el ámbito de la organización. En tercer lugar, un número cada vez mayor de organizaciones internacionales cuentan entre sus miembros, además de Estados, entidades distintas de los Estados; la expresión "organización intergubernamental" parecería excluir esas organizaciones, si bien en lo que se refiere a la responsabilidad internacional no se alcanza a discernir por qué habría que llegar a soluciones diferentes de las que se aplican a las organizaciones compuestas sólo por Estados.

4) La mayoría de las organizaciones internacionales han sido creadas por tratado. Por consiguiente, la inclusión en la definición de una referencia a los tratados como instrumentos constitutivos refleja la práctica vigente. Sin embargo, a veces se establecen formas de cooperación internacional sin un tratado. En algunos casos, por ejemplo en el

³⁶ Véase el artículo 6 de la Convención (en *ibíd.*). Como señaló la Comisión en relación con el proyecto de artículos correspondiente:

"En efecto, una organización intergubernamental bien tiene la capacidad suficiente para celebrar por lo menos *un tratado*, en cuyo caso las normas enunciadas en el proyecto están destinadas a aplicarse a ella, o bien no tiene esa capacidad, a pesar de su denominación, y es inútil especificar que el proyecto de artículos no se aplica a ella." (*Anuario...*, 1981, vol. II (segunda parte), pág. 130.)

del Consejo Nórdico, se celebra después un tratado³⁷. En otros, aunque se puede presuponer la existencia de un acuerdo tácito, los Estados miembros insisten en que no se ha celebrado ningún tratado a este respecto, por ejemplo, en el caso de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)³⁸. Con objeto de incluir las organizaciones creadas por Estados en el plano internacional sin un tratado, el artículo 2 menciona, como alternativa a los tratados, cualquier "otro instrumento regido por el derecho internacional". Ese enunciado tiene como finalidad incluir instrumentos como las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas o por una conferencia de Estados. Entre las organizaciones internacionales así creadas cabe mencionar el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH)³⁹, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)⁴⁰ y la OSCE⁴¹.

5) La referencia a "un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional" no tiene como finalidad impedir que entidades distintas de los Estados sean consideradas miembros de una organización internacional. Esto no plantea ningún problema en lo que se refiere a las organizaciones internacionales que, con tal que tengan capacidad para celebrar tratados, pueden ser partes en el tratado constitutivo. La situación probablemente es diferente en el caso de las entidades distintas de los Estados y las organizaciones internacionales. No obstante, una entidad distinta de un Estado, aunque no posea

³⁷ El texto del Tratado de cooperación de 23 de marzo de 1962, en su forma enmendada por el acuerdo de 3 de febrero de 1971, figura en A. J. Peaslee (ed.), *International Governmental Organizations* (tercera edición), primera parte (Nijhoff: La Haya, 1974), págs. 1135 a 1143.

³⁸ En su período de sesiones de Budapest, celebrado en 1995, la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa tomó la decisión de adoptar el nombre de Organización. *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), pág. 773.

³⁹ Véase A. J. Peaslee (ed.), *supra*, nota 37, partes tercera y cuarta (Nijhoff: La Haya/Boston/Londres, 1979), págs. 389 a 403.

⁴⁰ Véase P. J. G. Kapteyn, P. H. Laewaars, P. H. Kooijmans, H. C. Schermers y M. van Leeuwen Boomkamp, *International Organization and Integration* (Nijhoff: La Haya, 1984), II.K.3.2.a.

⁴¹ Véase *supra*, nota 38.

capacidad para celebrar tratados o no pueda participar en la adopción del instrumento constitutivo, puede ser aceptada como miembro de la organización así creada.

6) La definición del artículo 2 no abarca las organizaciones creadas por medio de instrumentos regidos por el derecho interno de un Estado, a menos que después se haya adoptado y haya entrado en vigor un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional⁴². Así, pues, la definición no incluye organizaciones como la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), aunque figuren entre sus miembros más de 70 Estados⁴³, o el Institut du Monde Arabe, creado como fundación de derecho francés por 20 Estados⁴⁴.

7) El artículo 2 requiere asimismo que la organización internacional posea "personalidad jurídica internacional". La adquisición de la personalidad jurídica en derecho internacional no depende de la inclusión en el instrumento constitutivo de una disposición como la del Artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas, que dice así:

"La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos."

La inclusión de este tipo de disposición en el instrumento constitutivo tiene por objeto imponer a los Estados Miembros la obligación de reconocer la personalidad de la Organización en su derecho interno. La misma obligación se impone al Estado anfitrión cuando se incluye un texto análogo en el acuerdo de sede⁴⁵.

⁴² Como en el caso del Consejo Nórdico, *supra*, nota 37.

⁴³ Véase <http://www.iucn.org>.

⁴⁴ En la respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores de Francia a una interpelación parlamentaria figura la descripción de la condición jurídica de esta organización. *Annuaire Français de Droit International*, vol. 37 (1991), págs. 1024 y 1025.

⁴⁵ Así, la Corte de Casación italiana, en su sentencia N° 149 de 18 de marzo de 1999, *Istituto Universitario Europeo c. Piette, Giustizia civile*, vol. 49 (1999), I, pág. 1309, en la página 1313, resolvió que "el enunciado, en un acuerdo internacional, de la obligación de reconocer la personalidad jurídica de una organización y la aplicación de esta disposición en la legislación sólo significa que la organización adquiere la personalidad jurídica en el derecho interno de los Estados contratantes".

8) La adquisición por una organización internacional de la personalidad jurídica en derecho internacional se evalúa de maneras diversas. Según una opinión, la mera existencia para una organización de una obligación en virtud del derecho internacional implica que la organización posee personalidad jurídica. Según otra opinión, son necesarios otros elementos. La Corte Internacional de Justicia no ha definido unas condiciones previas determinadas, pero sus pronunciamientos sobre la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no parece que establezcan unos requisitos estrictos a este respecto. En la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, la Corte declaró:

"La organización internacional es sujeto de derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sea Parte."⁴⁶

En la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, la Corte señaló:

"La Corte cree apenas necesario recordar que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales."⁴⁷

Si bien cabe sostener que, en ambos pronunciamientos, la Corte pensaba en una organización del tipo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el enunciado es bastante general y parece responder a un criterio liberal sobre la adquisición por las organizaciones internacionales de la personalidad jurídica en derecho internacional.

9) En los pasajes citados en el párrafo anterior, y de forma más explícita en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*⁴⁸, la Corte parece inclinarse a favor de la opinión de que la personalidad

⁴⁶ I.C.J., *Reports 1980*, págs. 89 y 90, párr. 37.

⁴⁷ I.C.J., *Reports 1996*, pág. 66, en la página 78, párr. 25.

⁴⁸ I.C.J., *Reports 1949*, pág. 185.

jurídica de una organización, cuando existe, es una personalidad "objetiva". No sería necesario, pues, indagar si la personalidad jurídica de una organización ha sido reconocida por el Estado lesionado antes de examinar si se puede tener a la organización por responsable internacionalmente con arreglo al presente proyecto de artículos. Por otra parte, una organización que existe exclusivamente sobre el papel no se puede considerar que tenga una personalidad jurídica "objetiva" en derecho internacional.

10) La personalidad jurídica de la organización, en virtud de la cual esa organización puede incurrir en responsabilidad internacional, tiene que ser "independiente de la de sus Estados miembros"⁴⁹. Este elemento se recoge en el requisito establecido en el artículo 2 de que la personalidad jurídica sea "propia" de la organización, término que la Comisión entiende que es sinónimo de la expresión "distinta de la de sus Estados miembros". El hecho de que la organización posea una personalidad jurídica independiente no excluye la posibilidad de que un comportamiento determinado sea atribuido a la vez a la organización y a uno o varios de sus miembros o a todos sus miembros.

11) La segunda frase del artículo 2 tiene por objeto ante todo subrayar la función que los Estados desempeñan en la práctica con respecto a todas las organizaciones internacionales a las que se refiere el proyecto de artículos. La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, aludió a esa función esencial, aunque sólo incidentalmente, de esta manera:

"Las organizaciones internacionales se rigen por el "principio de especialidad", es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado."⁵⁰

⁴⁹ Esta es la terminología empleada por G. G. Fitzmaurice en la definición de la expresión "organización internacional" que propuso en relación con el derecho de los tratados (véase *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 107) y por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de Lisboa, de 1995, sobre "Las consecuencias jurídicas para los Estados miembros del incumplimiento por las organizaciones internacionales de sus obligaciones respecto de terceros" (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), pág. 445).

⁵⁰ Véase *supra*, nota 47, pág. 78, párr. 25.

Muchas organizaciones internacionales están compuestas sólo por Estados. En otras organizaciones, que tienen una composición diferente, la presencia de Estados entre los miembros es indispensable para que la organización quede comprendida en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos⁵¹. Este requisito se pretende expresar con las palabras "además de Estados".

12) La presencia de Estados entre los miembros puede revestir la forma de una participación, en calidad de miembros, de determinados órganos u organismos del Estado. Así, por ejemplo, la Unión de Radiodifusión de los Estados Árabes, que fue creada por tratado, enumera los "organismos de radiodifusión", que son sus miembros de pleno derecho⁵².

13) La mención, en la segunda frase del artículo 2, de entidades distintas de los Estados -tales como organizaciones internacionales⁵³, territorios⁵⁴ o entidades privadas⁵⁵ - entre los

⁵¹ De este modo, el artículo 2 no se aplica a organizaciones compuestas exclusivamente por organizaciones internacionales. El Instituto Conjunto de Viena, creado por un acuerdo entre cinco organizaciones internacionales, constituye un ejemplo de ese tipo de organización. Véase <http://www.jvi.org>.

⁵² Véase el artículo 4 del Convenio de la Unión de Radiodifusión de los Estados Árabes. El texto figura en A. J. Peaslee, *supra*, nota 37, quinta parte (Nijhoff: La Haya/Boston/Londres, 1976), págs. 124 y ss.

⁵³ Por ejemplo, la Comunidad Europea ha pasado a ser miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), cuya Constitución fue enmendada en 1991 para permitir la admisión de organizaciones regionales de integración económica. El texto enmendado de la Constitución de la FAO figura en P. J. G. Kapteyn, R. H. Lauwaars, P. H. Kooijmans, H. G. Schermers y M. van Leeuwen Boomkamp (eds.), *supra*, nota 40, suplemento de los volúmenes I.A y I.B (Nijhoff: La Haya/Boston/Londres, 1997), supl. 1.B.1.3.a.

⁵⁴ Por ejemplo, los apartados d) y e) del artículo 3 de la Constitución de la Organización Meteorológica Mundial (OMM) faculta a entidades no estatales, denominadas "territorios" o "grupos de territorios", para llegar a ser miembros de la Organización, *ibíd.*, supl. 1.B.1.7.a.

⁵⁵ Por ejemplo la Organización Mundial del Turismo, que comprende Estados como "miembros efectivos", "territorios o grupos de territorios" como "miembros asociados" y "entidades internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales" como "miembros afiliados".

posibles miembros de una organización pone de manifiesto una importante tendencia de la práctica, ya que las organizaciones internacionales suelen tener cada vez más una composición mixta para incrementar la eficacia de la cooperación en determinadas esferas.

14) Es evidente que sólo con respecto al Estado que es miembro de una organización internacional se plantea la cuestión de su responsabilidad internacional en calidad de miembro. Sólo esta cuestión, así como la de la responsabilidad internacional de la organización internacional como miembro de otra organización, se abordará en el proyecto de artículos. La presencia de otras entidades como miembros de una organización internacional se examinará sólo en la medida en que pueda afectar a la responsabilidad internacional de los Estados y las organizaciones internacionales.

Artículo 3

Principios generales

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional.

2. Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) Es atribuible a la organización internacional según el derecho internacional;
y

b) Constituye una violación de una obligación internacional de esa organización.

Comentario

1) El artículo 3 tiene carácter introductorio. Enuncia los principios generales aplicables a los casos que con más frecuencia se producen dentro del ámbito del proyecto de artículos, tal como ha sido definido en los artículos 1 y 2, es decir, aquellos en que una organización internacional es responsable internacionalmente por sus propios hechos internacionalmente

Véase P. J. G. Kapteyn, R. H. Lauwaars, P. H. Kooijmans, H. G. Schermers y M. van Leeuwen Boomkamp (eds.), *supra*, nota 40, vol. I.B (Nijhoff: La Haya/Boston/Londres, 1982), 1.B.2.3.a.

ilícitos. El enunciado de unos principios generales en el artículo 3 se entiende sin perjuicio de la existencia de casos en que la responsabilidad internacional de una organización puede resultar del comportamiento de un Estado o de otra organización. Además, los principios generales no se aplican evidentemente a las cuestiones de responsabilidad del Estado mencionadas en el párrafo 2 del artículo 1.

2) Los principios generales que se enuncian en el artículo 3 están inspirados en los que son aplicables a los Estados según los artículos 1 y 2 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵⁶. No parece que haya ninguna razón para enunciar esos principios de otra manera. Es de notar que el Secretario General de las Naciones Unidas, en un informe sobre las operaciones de mantenimiento de la paz, aludió al:

"principio de responsabilidad de los Estados, cuya aplicación a las organizaciones internacionales es ampliamente aceptada, por el cual los daños causados por incumplimiento de una obligación internacional que puedan imputarse al Estado (o a la Organización) conllevan la responsabilidad internacional del Estado (o de la Organización) [...]."⁵⁷

3) El orden y el enunciado de los dos párrafos del artículo 3 son idénticos a los de los artículos 1 y 2 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, salvo en lo que concierne a la sustitución del término "Estado" por "organización internacional". Como los dos principios están estrechamente relacionados entre sí, y el primero enuncia una consecuencia del segundo, parece preferible incluirlos en un solo artículo.

4) Como en el caso de los Estados, la atribución del comportamiento a una organización internacional es uno de los dos elementos esenciales de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. El término "comportamiento" está destinado a abarcar tanto las

⁵⁶ Véase *supra*, nota 26, págs. 43 y 49. El análisis clásico que llevó a la Comisión a redactar estos artículos figura en el tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados de Roberto Ago, *Anuario...*, 1971, vol. II (primera parte), págs. 228 a 239, párrs. 49 a 75.

⁵⁷ Doc. A/51/389, pág. 5, párr. 6.

acciones como las omisiones de la organización internacional. El otro elemento esencial es que el comportamiento constituya la violación de una obligación según el derecho internacional. La obligación puede emanar de un tratado a que esté sujeta la organización internacional o de cualquier otra fuente de derecho internacional aplicable a la organización. También como en el caso de los Estados, no parece que el daño sea un elemento necesario para que nazca la responsabilidad internacional de una organización internacional.

5) Cuando una organización internacional comete un hecho internacionalmente ilícito, incurre en responsabilidad internacional. Una enunciación de este principio es la que figura en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en la que la Corte declaró:

"[...] la Corte desea subrayar que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción es distinta de la de la reparación de cualquier daño sufrido como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o por sus agentes en el desempeño de sus funciones oficiales.

Las Naciones Unidas pueden ser obligadas a asumir la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales dimanantes de tales actos."⁵⁸

6) El significado de responsabilidad internacional no se define en el artículo 3, ni tampoco en las disposiciones correspondientes del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito sólo se enuncian en la segunda parte del texto, que versa sobre el "contenido de la responsabilidad internacional del Estado"⁵⁹. En el presente proyecto de artículos el contenido de la responsabilidad internacional también se establecerá en artículos subsiguientes.

⁵⁸ I.C.J., *Reports 1999*, págs. 88 y 89, párr. 66.

⁵⁹ Véase *supra*, nota 26, págs. 220 y ss.

7) Ni en el caso de los Estados ni tampoco en el de las organizaciones internacionales las relaciones jurídicas que nacen de un hecho internacionalmente ilícito son necesariamente bilaterales. La violación de la obligación puede muy bien afectar a más de un sujeto de derecho internacional o a la comunidad internacional en su conjunto. Por lo tanto, en ciertos supuestos más de un sujeto puede invocar, como parte perjudicada o en otra calidad, la responsabilidad internacional de una organización internacional.

8) El que una organización internacional sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito no excluye la existencia de una responsabilidad análoga de otros sujetos de derecho internacional en el mismo caso. Por ejemplo, una organización internacional puede haber cooperado con un Estado en la violación de una obligación que incumbe a ambos.

9) Los principios generales enunciados en el artículo 3 no incluyen una disposición semejante al artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁶⁰. Ese artículo contiene dos frases, la primera de las cuales, que dice que "[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional", expresa algo obvio. Esta frase se podría transponer al contexto de las organizaciones internacionales, pero puede considerarse superflua, ya que en los principios generales se da a entender claramente que un hecho internacionalmente ilícito consiste en la violación de una obligación contraída en virtud del derecho internacional. Una vez enunciado ese principio, parece apenas necesario añadir que la calificación de un hecho como ilícito depende del derecho internacional. La razón aparente de la inclusión de la primera frase en el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado radica en que sirve de enlace con la segunda.

10) La segunda frase del artículo 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado no se puede adaptar fácilmente al caso de las organizaciones internacionales. Cuando se dice que la calificación de un hecho como ilícito en derecho internacional "no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno" se quiere poner de relieve

⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 57.

que el derecho interno, que depende de la voluntad unilateral del Estado, nunca puede justificar lo que constituye la violación, por parte del mismo Estado, de una obligación según el derecho internacional. La dificultad de transponer este principio al contexto de las organizaciones internacionales estriba en que el derecho interno de una organización internacional no se puede distinguir claramente del derecho internacional. El instrumento constitutivo de la organización internacional, cuando menos, es un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional, y cabe considerar que otras partes del derecho interno de la organización también pertenecen al ámbito del derecho internacional. Una distinción importante es si la obligación correspondiente existe respecto de un Estado miembro o de un Estado no miembro, aunque esta distinción no es necesariamente concluyente porque sería cuestionable afirmar que el derecho interno de la organización siempre prevalece sobre la obligación que según el derecho internacional incumbe a la organización respecto de un Estado miembro. Por el contrario, con respecto a los Estados no miembros, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas puede servir de justificación del comportamiento de la organización en violación de una obligación contraída en virtud de un tratado con un Estado no miembro. Parece, por consiguiente, que las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de una organización internacional son demasiado complejas para poder ser expresadas en un principio general.

Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A. Introducción

55. En su 48º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la "Protección diplomática" era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo⁶¹. Ese mismo año la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema⁶². En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión⁶³. El Grupo de Trabajo trató de: a) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y b) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar⁶⁴.

56. En su 2501ª sesión, el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema.

57. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema "Protección diplomática".

58. En su 50º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial⁶⁵. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema⁶⁶.

⁶¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, párr. 249 y anexo II, adición 1.

⁶² *Ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10), cap. VIII.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 171.

⁶⁴ *Ibíd.*, párrs. 189 y 190.

⁶⁵ A/CN.4/484.

⁶⁶ Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 108.

59. En su 51º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John R. Dugard, Relator Especial para el tema⁶⁷, tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

60. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1). Por falta de tiempo, la Comisión aplazó el examen del documento A/CN.4/506/Add.1 hasta su siguiente período de sesiones. En el mismo período de sesiones, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6⁶⁸. Posteriormente la Comisión decidió, en su 2635ª sesión, remitir los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

61. En su 53º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506/Add.1), así como su segundo informe (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (en español solamente)). Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su siguiente período de sesiones el examen del resto del documento A/CN.4/514, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13. En su 2688ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción, y en su 2690ª sesión, el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículo 10 y 11.

62. En su 2688ª sesión, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

63. En su 54º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo ante sí el resto del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (en español solamente)), relativo a los proyectos de artículo 12 y 13, así como su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), que trataba de los proyectos de artículo 14 a 16. En su 2719ª sesión, el 14 de mayo de 2002, la Comisión decidió remitir los apartados a), b), d) (para su examen en relación con el apartado a)) y e) al Comité de Redacción. En su 2729ª sesión, el 4 de junio de 2002, decidió además, remitir el apartado c) del artículo 14 al Comité de Redacción, para su examen en relación con el apartado a).

64. En sus sesiones 2730ª a 2732ª, celebradas del 5 al 7 de junio de 2002, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 a 7 [8]. Aprobó los artículos 1 a 3 [5] en su sesión 2730ª, 4 [9], 5 [7] y 7 [8] en su sesión 2731ª, y 6 en su sesión 2732ª. En sus sesiones 2745ª y 2746ª, celebradas el 12 y 13 de agosto de 2002, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo mencionados.

⁶⁷ *Ibíd.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 19.

⁶⁸ El informe de las consultas oficiosas figura en *ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párr. 495.

65. En su 2740ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2002, la Comisión estableció una consulta oficiosa de composición abierta, presidida por el Relator Especial, sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones y de las sociedades y sus accionistas.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

66. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1). La Comisión examinó la primera parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 17 a 20, en sus sesiones 2757ª a 2762ª, 2764ª y 2768ª, celebradas del 14 al 23 de mayo, el 28 de mayo y el 5 de junio de 2003, respectivamente. Ulteriormente examinó la segunda parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 21 y 22 en sus sesiones 2775ª a 2777ª celebradas los días 15, 16 y 18 de julio de 2003.

67. En su 2762ª sesión, celebrada el 23 de mayo de 2003, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Relator Especial, sobre el párrafo 2 del artículo 17. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 2764ª sesión, el 28 de mayo de 2003.

68. En su 2764ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el artículo 17, propuesto por el Grupo de Trabajo, y los artículos 18, 19 y 20. En su 2777ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los artículos 21 y 22.

69. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14] en su sesión 2768ª, celebrada el 5 de junio de 2003. En la misma sesión, aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14].

1. Artículo 17⁶⁹

a) Presentación por el Relator Especial

70. Al presentar el artículo 17, el Relator Especial observó que la sentencia dictada en 1970 por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*⁷⁰ dominaba toda la

⁶⁹ El artículo 17 dice así:

Artículo 17

1. Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un perjuicio a una sociedad que tiene la nacionalidad de ese Estado.

2. A los efectos de la protección diplomática, el Estado de nacionalidad de una sociedad es el Estado en que se ha constituido la sociedad [y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social].

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

⁷⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase*, 1970, I.C.J., Reports, pág. 3.

materia de la protección diplomática de las personas jurídicas. En ese asunto, la Corte enunció la regla de que el derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad correspondía al Estado conforme a cuya legislación se había constituido la sociedad y en cuyo territorio ésta tenía su domicilio social, y no al Estado de nacionalidad de los accionistas. La Corte reconoció además la existencia de una práctica relativa a los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones que solían otorgar protección directamente a los accionistas, pero que ello no constituía una prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que confiriese al Estado de nacionalidad de los accionistas el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de éstos. La Corte desechó tal práctica calificándola de *lex specialis*.

71. Al alcanzar su decisión, la Corte estatuyó sobre tres cuestiones de principio: 1) los accionistas que invertían en una sociedad que desarrollaba sus actividades en el extranjero asumían unos riesgos, incluido el riesgo de que el Estado de nacionalidad de la sociedad pudiera, en el ejercicio de su poder discrecional, no ejercer la protección diplomática en su favor; 2) permitir que el Estado de nacionalidad de los accionistas ejerciese la protección diplomática podría dar lugar a una multiplicidad de reclamaciones puesto que los accionistas podían ser nacionales de muchos países y los accionistas podían ser incluso sociedades; y 3) la Corte prefirió no aplicar por analogía a las sociedades y los accionistas las normas relativas a la doble nacionalidad de las personas físicas, que hubieran permitido que los Estados de nacionalidad de unas y otros ejerciesen la protección diplomática.

72. El Relator Especial recordó asimismo que el razonamiento de la Corte había suscitado numerosos desacuerdos entre los magistrados, según demostraba el hecho de que 8 de los 16 magistrados hubieran emitido un voto particular y que 5 de ellos hubieran apoyado el derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a ejercer la protección diplomática. La resolución de la Corte también había sido objeto de numerosas críticas, entre otras, que no había tenido suficientemente en cuenta la práctica de los Estados; y que la Corte había establecido una norma inaplicable puesto que, en la práctica, los Estados no otorgarían su protección a sociedades con las que no tenían un vínculo efectivo. En realidad, en opinión de algunos tratadistas, el derecho tradicional de la protección diplomática había sido sustituido en gran parte por procedimientos de solución de controversias previstos en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones.

73. El Relator Especial observó que incumbía a la Comisión decidir si quería atenerse o no a la sentencia de la Corte, dado que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no eran necesariamente vinculantes para la Comisión de Derecho Internacional y teniendo en cuenta los diferentes cometidos de los dos órganos. Observó además que, en el asunto de la sociedad *ELSI*⁷¹, la Sala de la Corte, aunque de lo que se trataba era de la interpretación de un tratado y no del derecho internacional consuetudinario, había pasado por alto la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* al autorizar a los Estados Unidos de América a ejercer la protección diplomática en favor de dos sociedades estadounidenses que poseían la totalidad de las acciones de una sociedad italiana. Al mismo tiempo, reconoció que el asunto de la *Barcelona Traction* se seguía considerando como la expresión fiel del derecho internacional consuetudinario en esta

⁷¹ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, 1989, *I.C.J., Reports*, pág. 15.

materia y que la práctica de los Estados en materia de protección diplomática de las sociedades se guiaba por esa resolución.

74. El Relator Especial enumeró siete opciones en lo referente al Estado que tendría competencia para ejercer la protección diplomática: 1) el Estado de constitución, conforme a la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*; 2) el Estado de constitución y el Estado de vínculo efectivo; 3) el Estado del domicilio social o sede; 4) el Estado de control económico; 5) el Estado de constitución y el Estado de control económico; 6) el Estado de constitución, o en su defecto el Estado de control económico; y 7) los Estados de nacionalidad de todos los accionistas.

75. Después de examinar todas esas opciones, propuso que la Comisión considerase la posibilidad de codificar la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*, con sujeción a la excepción reconocida en la sentencia. En el párrafo 1 del artículo 17 se reconocía que, como el Estado tenía derecho a ejercer la protección diplomática, incumbía al Estado decidir si quería hacerlo o no. Se reconoció que la naturaleza discrecional del derecho significaba que las sociedades que no tenían un vínculo efectivo con el Estado de constitución podían verse privadas de protección. No obstante, la Corte misma había reconocido ese defecto, que era la razón por la cual los inversores preferían la seguridad de los tratados bilaterales sobre inversiones. El objeto del párrafo 2 era definir el Estado de nacionalidad a los efectos del proyecto de artículos. Se proponía que el Estado de nacionalidad de una sociedad fuera el Estado en que se había constituido la sociedad. Cabía incluir la mención adicional "y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social", que también se había examinado en la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*. No obstante, las dos condiciones no eran estrictamente necesarias.

b) Resumen del debate

76. Los miembros felicitaron al Relator Especial por la calidad de su informe y expresaron su gratitud por la ecuanimidad con que se presentaban las opciones que se ofrecían a la Comisión.

77. Se manifestó la opinión de que todos los Estados, fuera cual fuese su nivel de desarrollo, dependían de las inversiones extranjeras. Por consiguiente, el derecho internacional debía ofrecer a los inversores las garantías necesarias, y la Comisión debía tratar de conseguir que el derecho coincidiera con los hechos y de mantener al mismo tiempo un equilibrio entre los intereses de los Estados y los de los inversores. En este contexto se pedía a la Comisión que reconociese el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática en favor de las sociedades que tenían su nacionalidad.

78. Los miembros de la Comisión en general expresaron su apoyo al párrafo 1 del artículo 27, puesto que se basaba en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, que en su opinión no había sido contradicha en el asunto *ELSI*. Se señaló que la elección del criterio del Estado de nacionalidad estaba en consonancia con el artículo 3, aprobado en 2002, en el que se designaba al Estado de nacionalidad como el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática en el caso de las personas físicas. Este planteamiento unificado permitiría aplicar a las personas tanto físicas como jurídicas otras normas que tenía que elaborar la Comisión en materia de la protección diplomática. Se propuso incluso modificar el párrafo 1 para que

concordase mejor con el párrafo 1 del artículo 3 aprobado en primera lectura en 2002, de la manera siguiente: "El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por una sociedad es el Estado de nacionalidad de esa sociedad".

79. En lo referente al párrafo 2, la mayoría de los miembros apoyó la propuesta del Relator Especial de basar el debate en la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*. Se observó que, pese a sus defectos, la sentencia dictada en ese asunto reflejaba adecuadamente el estado actual del derecho de la protección diplomática de las sociedades y el derecho internacional consuetudinario en la materia.

80. Algunos miembros apoyaron el texto del párrafo 2, aunque se inclinaban por suprimir el segundo criterio, que figuraba entre corchetes. Se hizo observar que la Corte se había referido a ambos requisitos porque los países de tradición jurídica romanista solían dar importancia al lugar del domicilio social, mientras que los países de *common law* preferían el criterio del lugar de constitución. Sin embargo, la Comisión podía aceptar este último criterio en vista de su creciente predominio en otros campos del derecho. Se sugirió también que se explicase en el comentario que el otro criterio era superfluo porque el domicilio social de una sociedad se hallaba casi siempre en el mismo Estado.

81. Otros miembros preferían mantener los dos criterios. Se señaló que la determinación de la nacionalidad de las sociedades era una cuestión que pertenecía fundamentalmente al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados, aunque incumbía al derecho internacional resolver cualquier conflicto. Del mismo modo como la nacionalidad de las personas físicas venía determinada por dos criterios alternativos principales, el *jus soli* y el *jus sanguinis*, la nacionalidad de las sociedades también dependía de dos sistemas alternativos, a saber, el lugar de constitución y el lugar del domicilio social, aunque muchos Estados tomaban en diverso grado elementos de uno u otro sistema. No obstante, había que obrar con prudencia ya que algunos Estados no aplicaban ninguno de los dos criterios ni reconocían el concepto de nacionalidad de las sociedades.

82. Se sugirió asimismo que, si se mantenía el criterio adicional que figuraba entre corchetes en el texto, se sustituyera la conjunción "y" por "o". Otros oradores preferían que las dos condiciones fueran acumulativas. Otros aun expresaron la preocupación de que, si se mantenían esas palabras con la conjunción "y", la sociedad cuyo domicilio social se hallase en un Estado distinto del Estado de constitución corría el peligro de perder el derecho a acogerse a la protección diplomática por no reunir las dos condiciones. En cambio, si se sustituía la conjunción "y" por "o", el resultado podía ser doble nacionalidad y competencia entre varios Estados para ejercer la protección diplomática -lo que supondría desviarse de la posición adoptada por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*.

83. Otros miembros sugirieron que se profundizara en el estudio del criterio de la sede o domicilio social, conforme a la práctica del derecho internacional privado.

84. No obstante, se expresó cierto apoyo a la inclusión de una referencia a la existencia de una relación auténtica o vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado de nacionalidad. Se señaló, efectivamente, que la no inclusión de una referencia al criterio de la relación auténtica podía tener por efecto alentar el fenómeno de los paraísos fiscales, aunque sólo fuera indirectamente.

85. Se señaló después que en el asunto de la *Barcelona Traction* no se había pedido a la Corte que estatuyera sobre la cuestión de la nacionalidad, que no había sido puesta en tela de juicio por las partes. La Corte había mencionado los principios de la constitución y el domicilio social, pero también otros puntos de conexión entre la sociedad y el Estado de nacionalidad. De ahí que fuera necesario adoptar un criterio de derecho internacional suficientemente amplio para abarcar las diversas posibilidades, así que se sugirió hacer referencia en el artículo 17 al Estado en que se había constituido la sociedad y/o en cuyo territorio ésta tenía su domicilio social y/o con el que mantenía otros vínculos adecuados. Se hicieron otras sugerencias, en particular que se indicase que el ejercicio de la protección diplomática correspondía al Estado nacional, el cual venía determinado en cada caso por el derecho interno, siempre y cuando existiera un vínculo o relación auténtica entre el Estado nacional y la sociedad de que se tratase; y que se modificara el artículo 17 de la manera siguiente: "El Estado conforme a cuyo ordenamiento jurídico se ha fundado una sociedad y en el que ésta tiene su domicilio social está facultado para ejercer la protección diplomática como Estado de nacionalidad si se causa un perjuicio a la sociedad". Entre otras sugerencias se propuso modificar el párrafo 2 de la manera siguiente: "A los efectos de la protección diplomática, el Estado nacional de una sociedad es el Estado en que se ha constituido la sociedad o en el que ésta tiene su domicilio social o su sede, o donde desarrolla su principal actividad económica o radica cualquier otro elemento reconocido por el derecho internacional como manifestación de la existencia de una relación auténtica entre la sociedad y el Estado de que se trate"; y volver a redactar la última parte del párrafo 2 para que dijera: "o que reconoce de otro modo que la sociedad ha adquirido su nacionalidad".

86. Al mismo tiempo, se advirtió de las dificultades a que podía dar lugar la adopción del criterio del "vínculo efectivo" (que no se había aceptado en el asunto de la *Barcelona Traction*), introduciendo así un criterio que, en realidad, se basaría en el control económico según resultaba de la participación mayoritaria. Se señaló que el requisito de la "relación auténtica" o "vínculo efectivo" requeriría el levantamiento del "velo societario", lo que crearía dificultades, no sólo para los tribunales, sino también para los Estados receptores de inversiones, que tendrían que decidir si admitían o no las notas o protestas diplomáticas de los Estados que estimaran que una sociedad con la que tenían una relación auténtica había sufrido un perjuicio. Además, se mencionó la complejidad de la determinación de la existencia de un vínculo "adecuado" en relación con las sociedades multinacionales con presencia en muchos Estados.

c) Conclusiones del Relator Especial

87. El Relator Especial tomó nota de que la mayoría de los miembros apoyaban el párrafo 1.

88. Con respecto al párrafo 2, observó que la Comisión había expresado al principio un apoyo general a su planteamiento, sin perjuicio de que se manifestaran opiniones discrepantes con respecto a la inclusión de un solo criterio y no dos para la determinación de la nacionalidad de una sociedad a los efectos de la protección diplomática. Sin embargo, el debate tomó después otro cariz cuando muchos miembros, aun apoyando la idea en que se inspiraba el proyecto de artículo 17, manifestaron su preferencia por fórmulas que hacían hincapié en los vínculos formales entre la sociedad y el Estado que ejercía la protección diplomática. En algunos casos las propuestas eran cautelosas, a fin de evitar la inclusión de una referencia al Estado de nacionalidad de los accionistas, pero en otros llegaban más lejos y suponían levantar el velo

societario para identificar el Estado con el que la sociedad estaba relacionada más estrechamente y que, por lo tanto, constituía el centro del control económico de la sociedad. El Relator Especial observó que este último planteamiento, aunque sería difícil de conciliar con el de la *Barcelona Traction*, estaría en consonancia con el asunto *Nottebohm*, que recalca el principio del vínculo con el Estado. Sin embargo, como la Comisión no había adoptado el criterio del asunto *Nottebohm* en el proyecto de artículo 3 con respecto a las personas físicas, quizás fuera ilógico hacerlo con respecto a las personas jurídicas.

89. Además, durante el debate se planteó el problema de la doble protección, esto es, cuando tanto el Estado en que se había constituido la sociedad como el Estado donde se hallaba el domicilio social ejercían la protección diplomática en favor de la misma sociedad, una idea que había sido apoyada por varios de los magistrados de la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. No obstante, la Corte, en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, se había mostrado claramente hostil a la idea de doble protección o de un derecho secundario a la protección con respecto de la sociedad y los accionistas.

d) Establecimiento de un Grupo de Trabajo

90. La Comisión decidió a continuación crear un grupo de trabajo de composición abierta, presidido por el Relator Especial, para examinar el artículo 17, antes de proceder a adoptar una decisión sobre la remisión del texto al Comité de Redacción.

91. Posteriormente, el Relator Especial informó acerca de los resultados del examen de la disposición en el Grupo de Trabajo. Señaló que el Grupo de Trabajo había llegado a un consenso sobre la necesidad, en primer lugar, de tener en cuenta el supuesto en que un ordenamiento jurídico interno no conocía la práctica de la constitución sino que aplicaba algún otro sistema para crear una sociedad, y, en segundo lugar, establecer alguna relación entre la sociedad y el Estado en el sentido de los vínculos mencionados por la Corte Internacional de Justicia en la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*. Al mismo tiempo, sin embargo, el Grupo de Trabajo había procurado no adoptar una fórmula que pudiera dar a entender que el tribunal que conociera de la cuestión debía tener en cuenta la nacionalidad de los accionistas que controlaban la sociedad.

92. El Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre el siguiente texto del artículo 17, que, a propuesta del Relator Especial, la Comisión remitió al Comité de Redacción:

A los efectos de la protección diplomática [, en relación con un perjuicio causado a una sociedad], el Estado de nacionalidad [es el Estado conforme a cuyo ordenamiento jurídico se ha constituido la sociedad]/[se determina de conformidad con el derecho interno en cada caso particular] y con el cual la sociedad tiene un vínculo [administrativo]/[formal] [suficiente]/[estrecho y permanente].

2. Artículo 18⁷²

a) Presentación por el Relator Especial

93. El Relator Especial explicó que el proyecto de artículo 18 versaba sobre las excepciones a la regla general enunciada en el artículo 17. La primera excepción, contenida en el apartado a), se refería al supuesto en que la sociedad había dejado de existir en el lugar de su constitución. Observó que la expresión "dejado de existir", que la Corte había empleado en el asunto de la *Barcelona Traction*, no era del agrado de todos los tratadistas, muchos de los cuales preferían fijar un umbral más bajo de intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera "prácticamente extinta". El Relator Especial opinaba que la primera solución probablemente era preferible.

94. La segunda excepción, en el apartado b), preveía la intervención del Estado de nacionalidad de los accionistas cuando una sociedad tenía la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado. No era inusual que un Estado insistiera en que los extranjeros que se encontraban en su territorio realizaran sus operaciones mercantiles por intermedio de una sociedad constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de ese Estado. Si el Estado se incautaba del patrimonio de la sociedad o le causaba de otro modo un perjuicio, la única posibilidad de reparación a que podía acogerse esa sociedad en el ámbito internacional era mediante la intervención del Estado de nacionalidad de sus accionistas. No obstante, como había indicado en su informe, esta norma era controvertida.

95. El Relator Especial explicó además que, antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la existencia de la segunda excepción encontraba apoyo en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte se planteó la posibilidad de la excepción, para concluir después que no era necesario que se pronunciase al respecto puesto que no se trataba de un caso en que el Estado de constitución (Canadá) hubiera causado un perjuicio a la sociedad. En la época posterior al asunto de la *Barcelona Traction*, el principio había obtenido cierto apoyo, principalmente en relación con la interpretación de tratados sobre

⁷² El artículo 18 dice así:

Artículo 18

El Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad no estará facultado para ejercer la protección diplomática en favor de dichos accionistas cuando se haya causado un perjuicio a la sociedad, a menos que:

- a) La sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución; o
- b) La sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado a la sociedad.

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

inversiones. En el asunto de la sociedad *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia había admitido que los Estados Unidos ejerciesen la protección de los accionistas estadounidenses de una sociedad italiana que había sido constituida e inscrita en Italia y a la que el Gobierno italiano había causado un perjuicio. La Sala no se ocupó de esta cuestión en ese asunto, aunque estuvo claramente presente en la mente de algunos de los magistrados. Con todo, los tratadistas seguían divididos con respecto a esta cuestión. El Relator Especial propuso que la Comisión aceptase la excepción.

b) Resumen del debate

96. El apartado a) recibió apoyo general, aunque se sugirió que se fijase un plazo, quizás a partir de la fecha en que la sociedad se declarase en quiebra. Otras sugerencias fueron suprimir las palabras "en el lugar de su constitución" y sustituir la palabra "lugar" por "Estado".

97. Algunos miembros opinaron que el requisito de que una sociedad hubiese "dejado de existir" era tal vez un umbral demasiado alto y que el criterio podría ser el de que la sociedad estuviera "prácticamente extinta" o los accionistas "privados de la posibilidad de recurso por medio de la sociedad". De ese modo, no era que la sociedad hubiese dejado de existir realmente, sino simplemente que se había vuelto inoperante, eliminando toda posibilidad de recurso. Se sugirió igualmente que se incluyeran las palabras "*de jure* o *de facto*" entre "existir" y "en el lugar de". Se sugirió además que se aclarase en el comentario que la expresión "dejado de existir" debía interpretarse en el sentido de abarcar las situaciones en que una sociedad continuaba existiendo aunque se encontraba sujeta a administración judicial. A tenor de otra sugerencia, la disposición diría que la protección diplomática se podía ejercer en favor de los accionistas cuando no existía "la posibilidad de recurso por medio de la sociedad"; o cuando la sociedad en realidad ya no estaba en condiciones de actuar para defender sus derechos e intereses.

98. Se expresaron opiniones discrepantes en cuanto a la inclusión de la excepción propuesta en el apartado b). Con arreglo a una serie de opiniones, la excepción era muy controvertida y potencialmente desestabilizadora, por lo que no debería incluirse. Se expresó el parecer de que el fundamento jurídico de la excepción no era sólido. Hacía caso omiso de la norma tradicional de que un Estado no era culpable de una violación del derecho internacional por haber causado un perjuicio a uno de sus nacionales. También se expresó preocupación por el hecho de que el reconocimiento del derecho de accionar del Estado de nacionalidad de los accionistas podía dar lugar a procedimientos largos y complejos y suscitar dificultades con respecto a la norma de la continuidad de la nacionalidad, dado que las acciones cambiaban de mano con rapidez. Además, en la mayoría de los casos el Estado en que se había constituido la sociedad proporcionaba un marco jurídico y, por lo tanto, vías de recurso internas en caso de abuso. Sólo en los casos extremos en que se hubieran agotado esos recursos sin obtener justicia se aplicaría el apartado b). En efecto, un inversor era siempre libre de no invertir en un país determinado. Se manifestó asimismo la opinión de que la excepción podía poner en peligro el principio de la igualdad de trato de los accionistas nacionales y de los que tuvieran la nacionalidad de otro Estado, contraviniendo así a las normas internacionales sobre el trato de los extranjeros. De igual modo, se señaló que los recientes acuerdos sobre protección de las inversiones proporcionaban a los

inversores recursos jurídicos eficaces en caso de que el Estado de constitución incurriera en denegación de justicia o cometiera un acto lesivo por el que se causara un perjuicio a la sociedad.

99. Otros aludieron a las razones políticas que justificaban la inclusión de la excepción propuesta por el Relator Especial, es decir, que no era inusual que los Estados importadores de capital exigieran a los consorcios extranjeros que desearan realizar operaciones mercantiles en su territorio que lo hicieran por mediación del instrumento de una sociedad constituida conforme a su ordenamiento jurídico. Se hizo referencia a la preocupación expresada por el Gobierno del Reino Unido en el asunto del *Mexican Eagle* de que el requisito de la constitución conforme al ordenamiento jurídico interno podía dar lugar a abusos en los casos en que el Estado nacional utilizara esa constitución como justificación para rechazar las tentativas de otro Estado para ejercer la protección diplomática. Ello equivaldría a limitar "el ejercicio del indudable derecho [que asistía a los gobiernos extranjeros] con arreglo al derecho internacional de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero"⁷³. Así, pues, la excepción del apartado b) tenía por objeto conceder cierto grado de protección a esas sociedades. Se recordó que el principio básico se recogía en muchos tratados sobre inversiones concertados por muchos Estados de la comunidad internacional, independientemente de su nivel de desarrollo o de su orientación ideológica. Se expresó también el parecer de que esa excepción, aunque no estaba todavía plenamente madura para su codificación, se debería acoger favorablemente en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional.

100. Se sugirió que, si se aceptaba la excepción, se podía incluir una referencia al control económico de la sociedad, determinado según el criterio de la participación mayoritaria. Otros opinaron que ese requisito sería complicado de aplicar y quizás discriminatorio. Según otra sugerencia, su ámbito de aplicación podía limitarse al supuesto en que la legislación del país receptor exigiera la creación de una sociedad.

101. A tenor de otra sugerencia, convenía incluir el requisito de un "plazo razonable" para ejercer la protección diplomática. Otros miembros pusieron en tela de juicio la necesidad de tal requisito.

c) Conclusiones del Relator Especial

102. El Relator Especial observó que la primera excepción, contenida en el apartado a), no había planteado ningún problema particular y que la mayoría de la Comisión estaba a favor de ella. No obstante, se habían hecho varias sugerencias para mejorar la disposición, en particular la de fijar un plazo para interponer la reclamación. Como no había habido objeciones al apartado a) del artículo 18, recomendó que se remitiera al Comité de Redacción.

103. El apartado b) había dado pie a un debate mucho más intenso y había dividido a la Comisión. A fin de cuentas, una mayoría de la Comisión era partidaria de incluir el apartado b) del artículo 18. A juicio del Relator Especial, la excepción formaba parte de un grupo de normas y principios que en conjunto integraban la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*. Por esa razón, era del parecer de que debía incluirse.

⁷³ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1272 a 1274.

En cuanto a si la excepción formaba parte o no del derecho internacional consuetudinario, la Comisión también había estado dividida. En opinión del Relator Especial una norma consuetudinaria estaba en gestación, y la Comisión debía ser alentada a acometer el desarrollo progresivo del derecho en esta esfera, de ser necesario. Ahora bien, debía hacerlo con mucha cautela.

104. El Relator Especial observó además que varios miembros de la Comisión habían sostenido que el apartado b) del artículo 18 era superfluo porque los accionistas disponían de otras vías de recurso como los tribunales internos, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o los tribunales internacionales establecidos en algunos convenios bilaterales o multilaterales. Sin embargo, eso no era siempre así, bien por no existir ninguna vía de recurso interna, o bien porque el Estado de nacionalidad o el Estado receptor no habían llegado a ser parte en el CIADI o en un tratado bilateral sobre inversiones. Varios miembros habían insistido también en que la excepción contenida en el apartado b) del artículo 18 debía utilizarse sólo en última instancia. A juicio del Relator Especial, eso se daba por sentado: no era una vía que hubiera de utilizarse a la ligera, sino que había que recurrir a ella sólo cuando no hubiese otra solución. En consecuencia, recomendó que se remitiera el apartado b) del artículo 18 al Comité de Redacción.

3. Artículo 19⁷⁴

a) Presentación por el Relator Especial

105. El Relator Especial explicó que el artículo 19 era una cláusula de salvaguardia destinada a proteger a los accionistas cuyos propios derechos, en contraposición a los de la sociedad, hubieran resultado lesionados. Como reconoció la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, los accionistas gozaban en tal supuesto de un derecho de acción independiente y podían acogerse por derecho propio a la protección diplomática. La Sala de la Corte Internacional de Justicia también examinó esta cuestión en el asunto de la sociedad *ELSI*, pero no se pronunció sobre las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a esta materia. El artículo propuesto dejaba dos cuestiones sin respuesta: en primer lugar, el contenido del derecho, o sea, cuándo se producía esa lesión directa; y, en segundo lugar, el ordenamiento jurídico que tenía que hacer esa determinación.

⁷⁴ El artículo 19 dice así:

Artículo 19

Los artículos 17 y 18 se entienden sin perjuicio del derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan sido directamente lesionados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

106. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte había mencionado los derechos más evidentes de los accionistas, pero la enumeración no era exhaustiva. Esto significaba que correspondía a los tribunales determinar, con arreglo a los hechos de cada caso particular, los límites de esos derechos. Sin embargo, había que poner cuidado en trazar claramente una línea divisoria entre los derechos de los accionistas y los derechos de la sociedad. No creía que fuera posible elaborar una norma aplicable en esta materia, puesto que correspondía a los tribunales resolver en cada caso particular.

107. En cuanto a la segunda cuestión, era evidente que la determinación de la norma aplicable a la cuestión de si se habían vulnerado directamente los derechos de un accionista tenía que regirse por el ordenamiento jurídico del Estado en que se había constituido la sociedad, aunque ese ordenamiento jurídico podía ser completado mediante una referencia a los principios generales del derecho internacional. No había tratado de elaborar una nueva norma, sino simplemente de volver a enunciar la que había reconocido la Corte en la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, a saber, que en los supuestos en que los derechos de los accionistas habían sido directamente lesionados, su Estado de nacionalidad podía ejercer la protección diplomática en su favor.

b) Resumen del debate

108. El artículo 19 obtuvo la aprobación general de la Comisión. Se expresó la opinión de que no planteaba dificultades porque codificaba el supuesto más común, es decir, el de una persona física accionista cuyo derecho subjetivo había sido lesionado, y que se ajustaba a las normas generales enunciadas en la parte del proyecto de artículos dedicada a la protección diplomática de las personas físicas.

109. Se sugirió que se considerasen en el comentario los derechos propios de los accionistas, distintos de los derechos de la sociedad. Entre tales derechos podía figurar, por ejemplo, el derecho al control y la administración de la sociedad. De hecho, se sugirió que se definiera el ámbito de la disposición y se trazara una distinción clara entre la vulneración de los derechos de los accionistas debido al perjuicio sufrido por la sociedad y la conculcación directa de los derechos conferidos a los accionistas por los estatutos y el derecho de sociedades, de los que se daban algunos ejemplos en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*.

110. Se preguntó si, en el supuesto de que una sociedad hubiera dejado de existir por haber sido nacionalizada y, por consiguiente, no pudiera intervenir en favor de sus accionistas ante los tribunales nacionales, los derechos de los accionistas se considerarían derechos propios. ¿Se regiría tal supuesto por el apartado b) del artículo 18 o por el artículo 19?

111. Se sugirió que el artículo 19 podía considerarse como otra excepción a la norma enunciada en el artículo 17, una excepción que versaba sobre la lesión sufrida directamente por los accionistas. Se propuso incluso que se incorporase la disposición al artículo 18. Otros miembros opinaron que, puesto que no se planteaba la cuestión de la protección diplomática de la sociedad, el artículo 19 no podía considerarse una excepción al artículo 17.

112. En cuanto al ordenamiento jurídico al que habría que acudir para determinar los derechos de los accionistas, se expresó la opinión de que incumbía a la legislación del Estado en que se había constituido la sociedad determinar el contenido de esos derechos. Hubo acuerdo con respecto a la propuesta de que se tuviera en cuenta la posibilidad de invocar los principios generales del derecho en ciertos casos ya que algunos ordenamientos nacionales tal vez no definieran claramente lo que constituía violación de esos derechos propios.

c) Conclusiones del Relator Especial

113. El Relator Especial observó que el artículo 19 había presentado pocos problemas. Aunque algunos miembros habían opinado que se trataba de una excepción que sería mejor que figurase en el artículo 18, estaba persuadido de que, por coherencia con la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los dos artículos debían mantenerse separados.

4. Artículo 20⁷⁵

a) Presentación por el Relator Especial

114. Al presentar el artículo 20 sobre la continuidad de la nacionalidad de las sociedades, el Relator Especial observó que la práctica de los Estados en la materia se refería principalmente a las personas físicas. Recordó que en su 54º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión había aprobado el proyecto de artículo 4 [9] sobre esta cuestión. El principio era importante en el caso de las personas físicas porque éstas cambiaban de nacionalidad con más frecuencia y más fácilmente que las sociedades. Una sociedad podía cambiar de nacionalidad sólo volviéndose a constituir en otro Estado, en cuyo caso cambiaba totalmente de nacionalidad, produciendo así una ruptura en la continuidad de su nacionalidad. Parecía razonable, pues, disponer que un Estado tenía derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad sólo cuando ésta estaba constituida conforme a su legislación en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

115. No obstante, si la sociedad dejaba de existir en el lugar de su constitución a consecuencia del perjuicio que le había sido irrogado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado,

⁷⁵ El artículo 20 dice así:

Artículo 20

Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida conforme a su legislación tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; con la salvedad de que, si la sociedad hubiere dejado de existir como resultado del perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad extinta podrá no obstante presentar una reclamación con respecto a la sociedad].

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

se planteaba la cuestión de si la reclamación tenía que ser presentada por el Estado de nacionalidad de los accionistas, de conformidad con el apartado a) del artículo 18, o por el Estado de nacionalidad de la sociedad extinta, o por ambos Estados. El Relator Especial estaba de acuerdo con la opinión, expresada por algunos de los magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*, de que ambos Estados deberían tener derecho a ejercer la protección diplomática, ya que sería difícil determinar el momento exacto de la desaparición de la sociedad y habría una "zona gris" de tiempo durante la cual la sociedad estaba prácticamente extinta aunque quizás no hubiera dejado de existir formalmente. En tal supuesto, tanto el Estado de constitución de la sociedad como el Estado de nacionalidad de los accionistas deberían poder intervenir. No se le ocultaba que, en el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte no se había declarado partidaria de esa doble protección, aunque esa solución parecía ser la más apropiada.

116. Por último, no creía necesario elaborar una norma distinta sobre la continuidad de la nacionalidad de los accionistas a los que, siendo personas físicas, se aplicarían las disposiciones del artículo 4 [9].

b) Resumen del debate

117. Hubo apoyo para el proyecto de artículo 20. Se expresó la opinión de que el proyecto de artículos no debería, en principio, otorgar a las personas jurídicas en materia de continuidad de la nacionalidad un trato más favorable que a las personas físicas.

118. Según otra opinión, las dificultades que planteaba la norma de la continuidad de la nacionalidad de las personas físicas existían también en el caso de las personas jurídicas: en virtud del principio mismo de la ficción jurídica en que se basaba la protección diplomática sólo era pertinente la nacionalidad de la persona protegida en el momento del hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, como la Comisión había adoptado una postura diferente en el artículo 4 [9], sería incoherente adoptar otro tipo de razonamiento con respecto a las personas jurídicas.

119. Se sugirió que la excepción enunciada en el párrafo 2 del artículo 4 en relación con las personas físicas se hiciera extensiva también a las personas jurídicas.

120. Hubo apoyo al mantenimiento de la parte del artículo 20 que figuraba entre corchetes, ya que era una solución compatible con el apartado a) del artículo 18. Sin embargo, se hizo observar que ni en el apartado a) del artículo 18 ni en el artículo 20 el elemento importante era la desaparición legal de la sociedad. Lo más importante era que fuera efectivamente y en la práctica incapaz de defender sus derechos e intereses. Otros miembros opinaron que la disposición que figuraba entre corchetes parecía estar en contradicción con el apartado a) del artículo 18, según el cual el Estado de nacionalidad de la sociedad ya no tenía derecho a ejercer la protección diplomática cuando la sociedad había dejado de existir. Sin embargo, en virtud de la salvedad hecha en el artículo 20, el Estado de nacionalidad seguía estando facultado para ejercer la protección diplomática en favor de la sociedad extinta. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera esa salvedad. A tenor de otra sugerencia, convendría dividir el artículo 20 en dos párrafos, el segundo de los cuales estaría constituido por la parte del texto que figuraba entre corchetes y en la que se habrían suprimido las palabras "con la salvedad de que", añadiéndose al

final del apartado a) del artículo 18, después de la palabra "constitución", las palabras "con la excepción prevista en el párrafo 2 del artículo 20".

121. También se expresó apoyo a la opinión del Relator Especial de que no era necesario elaborar una norma de continuidad separada para los accionistas. Sin embargo, no estaba tan claro que la norma de continuidad aplicable a las personas físicas fuera siempre aplicable también a los accionistas. Ello era así sólo en algunos casos. En otros, mucho más numerosos, los accionistas de una sociedad eran personas jurídicas.

122. Se sugirió que se sustituyeran las palabras "que estaba constituida conforme a su legislación" por "que tenía su nacionalidad", y las palabras "el Estado de constitución de la sociedad extinta" por "el Estado de nacionalidad de la sociedad extinta".

c) Conclusiones del Relator Especial

123. El Relator Especial observó que no se habían hecho grandes objeciones al artículo 20. Había habido, sin embargo, división de opiniones acerca de la cláusula de salvedad. También se había propuesto que se armonizara el texto del artículo con el del artículo 4 [9]. Por consiguiente, recomendó que se remitiera el artículo al Comité de Redacción.

5. Artículo 21⁷⁶

a) Presentación por el Relator Especial

124. Al presentar el artículo 21, el Relator Especial recordó que el cuarto informe sobre la protección diplomática señalaba el hecho de que las inversiones extranjeras estaban cada vez más protegidas por alguno de los 2.000 tratados bilaterales sobre inversiones. Esos acuerdos ofrecían dos vías para la solución de las controversias en materia de inversiones, como alternativa a las vías de recurso internas del Estado receptor: 1) dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre el inversor y el Estado receptor; y 2) resolver la controversia sobre inversiones recurriendo al arbitraje entre el Estado de nacionalidad del inversor, fuera éste una sociedad o una persona física, y el Estado receptor, respecto de la interpretación o aplicación del tratado bilateral. Este segundo procedimiento normalmente

⁷⁶ El artículo 21 dice así:

Artículo 21

Lex specialis

Los presentes artículos no se aplican cuando la protección de las sociedades o de los accionistas de una sociedad, incluida la solución de controversias entre las sociedades o los accionistas de una sociedad y los Estados, se rige por normas especiales de derecho internacional.

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

estaba disponible en todos los casos y, en consecuencia, venía a reforzar el mecanismo de solución de controversias entre el inversor y el Estado. Algunos Estados eran también partes en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁷⁷, que preveía tribunales establecidos con los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

125. El Relator Especial explicó que, cuando se recurría a los procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones o en el Convenio del CIADI, se excluían las normas de derecho consuetudinario relativas a la protección diplomática. Era evidente que los procedimientos de solución de controversias de esas dos vías ofrecían mayores ventajas al inversor extranjero que las del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en el caso del derecho internacional consuetudinario había siempre una incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática. En el caso de los tratados bilaterales sobre inversiones y del Convenio del CIADI, el inversor extranjero tenía acceso directo al arbitraje internacional. En el asunto *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la existencia de acuerdos especiales de esa clase, mostrándose favorable a considerarlos como *lex specialis*.

126. La finalidad del artículo 21 era dejar en claro que el proyecto de artículos no se aplicaba al régimen especial previsto en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones. La disposición se inspiraba en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁸. Se observó que el comentario del artículo 55 señalaba que, para que ese principio fuera aplicable, "no es suficiente que existan dos disposiciones que traten de las mismas cuestiones; debe existir en la práctica cierta discrepancia entre ellas o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra"⁷⁹.

127. El Relator Especial estimó que había una clara discrepancia entre las normas del derecho consuetudinario internacional sobre la protección diplomática de las inversiones de las sociedades, en que se preveía la protección sólo a discreción del Estado, y únicamente respecto de la propia sociedad, y el régimen especial de inversiones extranjeras establecido por tratados especiales, que confería al inversor extranjero, ya se tratara de una sociedad o de un accionista, sobre los que podía decidir un tribunal internacional. Por ello era necesario incluir esa disposición en el proyecto de artículos.

⁷⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

⁷⁸ El artículo 55 dice: "Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional", véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 76.

⁷⁹ Comentario del artículo 55, párr. 4), ibíd., párr. 77.

b) Resumen del debate

128. Se expresaron diferentes opiniones en la Comisión sobre la necesidad de incluir una disposición sobre la *lex specialis* en el proyecto de artículos. Se examinaron tres posibilidades: 1) limitar el proyecto de artículos a los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones; 2) volver a formularlo como una disposición más general aplicable a todo el proyecto de artículos; o 3) suprimirlo.

129. Según un conjunto de opiniones, era conveniente incluir una disposición de esa índole, ya que aclararía la relación entre el principio y el proyecto de artículos, y reconocería la existencia del importante régimen de la *lex specialis* aplicable en materia de protección de las inversiones. Se observó que en el campo de la protección diplomática, había muchas normas especiales. Algunas excluían o aplazaban esa protección estableciendo un método de solución de controversias que daba al inversor un papel directo. Otras disposiciones modificaban la necesidad de la nacionalidad de las reclamaciones o se apartaban de la norma sobre las vías de recurso internas. Según otra opinión similar, aunque la inclusión de una disposición sobre la *lex specialis* no era estrictamente necesaria, ya que se aplicaría como principio general del derecho con independencia de que se incluyera o no en el proyecto de artículos, esa inclusión no era perjudicial y podía hacerse *ex abundanti cautela*.

130. Sin embargo, se sugirió que, aunque la mayoría de esos regímenes especiales pudieran afectar a la protección diplomática de las sociedades o sus accionistas, una disposición sobre la *lex specialis* no debía limitarse a la protección de las sociedades y sus accionistas. Debía tener un ámbito más amplio y ser colocada entre las disposiciones finales del proyecto de artículos. De hecho, se expresó la opinión de que no había ninguna razón para no otorgar prelación, por ejemplo, a los tratados de derechos humanos en el contexto de la protección de las personas físicas.

131. Otros expresaron su preocupación en cuanto a la idea de dar a la disposición una aplicación más amplia en relación con el proyecto de artículos en su conjunto. Se dijo que ello excluiría el recurso a la protección diplomática de las personas físicas cuando existieran regímenes "especiales" de protección de los derechos humanos, que se basaban normalmente en convenciones multilaterales y por lo común no excluían expresamente el ejercicio de la protección diplomática. Por ello, hacer extensiva la aplicación de la disposición relativa a la *lex specialis* a las personas físicas podría dar la impresión de que la posibilidad de ejercer la protección diplomática quedaba necesariamente excluida al existir un régimen de protección de los derechos humanos. Por el contrario, ambos regímenes se habían concebido para complementarse mutuamente. Por ello se sugirió que la disposición estableciera que la *lex specialis* se aplicaría íntegra y exclusivamente sólo cuando así se dijera expresamente, y que de otro modo se aplicarían también las normas generales de derecho internacional.

132. Otra propuesta fue que el requisito de que hubiera una real discrepancia entre las dos disposiciones relativas a la misma cuestión, así como una intención discernible de que una disposición excluyera la otra, figurase en el propio texto del artículo 21. Se aludió a la diferencia entre el artículo 21 y el artículo 55 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado en 2001, es decir, que la norma general dejaría de aplicarse

no sólo cuando la cuestión de la protección diplomática se rigiera por normas especiales de derecho internacional, sino también "en la medida" en que así fuera. Otros señalaron que la disposición era distinta de la del artículo 55, que se ocupaba de los casos de contradicción entre la norma general y la norma especial. El artículo 21, en cambio, establecía un principio de preferencia: en el caso de las sociedades se daría prelación al procedimiento especial, que prevalecería sobre las normas generales. Se sugirió redactar nuevamente la disposición como una norma de prelación, de forma que la protección diplomática no quedara totalmente excluida. Se expresó también la opinión de que un régimen de prelación no se podía presumir, y que un "régimen especial" no se podía considerar siempre como el recurso que debía agotarse antes de que fuera aplicable la protección diplomática.

133. Como otra sugerencia se señaló que fundamentalmente se trataba de reconocer, en el proyecto de artículos o en el comentario, que había regímenes especiales importantes de protección de las inversiones, entre ellos, aunque no exclusivamente, los tratados bilaterales sobre inversiones, y que la finalidad del proyecto de artículos no era sustituir a esos regímenes ni modificarlos. Ese enfoque dejaría abierta la posibilidad, en esos contextos, de recurrir a las normas de derecho consuetudinario internacional en la medida en que no fueran incompatibles con esos regímenes.

134. Entre otras sugerencias para dar nueva formulación a la disposición estuvo la de redactarla como una exclusión condicional, de especificar su contenido y ámbito de aplicación, de armonizar más estrechamente su enunciado con la terminología empleada en los tratados sobre inversiones y de suprimir las palabras "*lex specialis*" del título.

135. A la inversa, otros miembros expresaron dudas sobre la necesidad misma de incluir una disposición sobre la *lex specialis*. Se señaló que esa disposición no era quizás necesaria si la *lex specialis* se basaba sólo en disposiciones de tratados. Se expresó asimismo la opinión de que una disposición de esa índole tendía a dar la falsa impresión de un mundo del "o todo o nada", en el que las normas de la protección diplomática, bien se aplicaban íntegramente, o no se aplicaban en absoluto. Por ejemplo, cuando hubiera un régimen pertinente, como el de los derechos humanos, la protección diplomática quedaría inmediatamente excluida en su integridad (lo que no sería exacto). Además, insertar una disposición así en textos elaborados por la Comisión también podía dar la impresión errónea *a contrario* de que si una convención no mencionaba la norma de la *lex specialis* era porque sus redactores se habían propuesto conferirle la condición especial de instrumento del que no era posible apartarse. Por eso era preferible tal vez suprimir el artículo totalmente y tratar la cuestión en el comentario.

c) Conclusiones del Relator Especial

136. El Relator Especial recordó que había propuesto el artículo 21 por dos motivos: 1) para seguir el ejemplo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; y 2) para tener en cuenta que los tratados bilaterales sobre inversiones pretendían expresamente evitar el régimen de la protección diplomática por su carácter discrecional, y también conferir derechos al Estado de nacionalidad de los accionistas. Sin embargo, después de seguir el debate no estaba ya seguro de ninguna de esas dos cosas. Estaba de acuerdo en que no era preciso atenerse al proyecto de artículos sobre la

responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y le convencía el argumento de que los tratados bilaterales sobre inversiones no pretendían excluir por completo el derecho internacional consuetudinario. De hecho, con frecuencia la intención de las partes era que se acudiera al derecho internacional consuetudinario para llenar las lagunas del régimen, con objeto de orientar a los tribunales cuando se tratara de interpretar esos tratados. En la medida en que el artículo 21 daba a entender que el régimen de los tratados bilaterales sobre inversiones excluía las normas consuetudinarias resultaba a un tiempo inexacto y, posiblemente, peligroso. Si se mantenía tendría que modificarse eliminando del título las palabras "*lex specialis*", y volviendo a redactar su texto en el sentido sugerido en el debate.

137. El Relator Especial recordó además que otra crítica hecha al artículo 21 era que no había razón para limitarlo a los tratados bilaterales sobre inversiones. Había otros regímenes especiales, por ejemplo en los tratados que excluían la regla del agotamiento de los recursos internos, regímenes que comprendían normas de derechos humanos y que podrían complementar o sustituir la protección diplomática. Había tomado nota, a este respecto, de la sugerencia de que se volviera a formular el artículo como una disposición general incluida al final del proyecto de artículos. No obstante, advirtió de que ese método podría apoyar la opinión de que la protección diplomática podía quedar excluida por un tratado de derechos humanos, cuando, de hecho, la protección diplomática podía ofrecer un recurso más eficaz. En su opinión, si se quería dar la máxima protección a los derechos individuales, el individuo debía poder acogerse a todos los regímenes.

138. Reflexionando y a la luz de las preocupaciones suscitadas durante el debate, propuso que la Comisión examinara la posibilidad de suprimir el artículo 21, dejando la cuestión al comentario.

139. No obstante, la Comisión decidió enviar la disposición al Comité de Redacción, a fin de que elaborase un nuevo texto destinado a figurar al final del proyecto de artículos, por ejemplo, como una cláusula "sin perjuicio de".

6. Artículo 22⁸⁰

a) Presentación por el Relator Especial

140. El Relator Especial explicó que la finalidad del artículo 22 era aplicar las normas enunciadas con respecto a las sociedades a otras personas jurídicas, con los cambios que fueran

⁸⁰ El artículo 22 dice así:

Artículo 22

Personas jurídicas

Los principios enunciados en los artículos 17 a 21 con respecto a las sociedades serán aplicables *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas.

(A/CN.4/530 y Corr.1 (en español solamente) y Add.1).

necesarios a consecuencia de las diferencias de estructura, objetivos y naturaleza de esas otras personas jurídicas. El Relator Especial observó que esas otras personas jurídicas podían necesitar también protección diplomática. Varias decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional habían subrayado el hecho de que otras instituciones podían tener una personalidad jurídica que podía dar lugar a la protección diplomática. No había motivo, por ejemplo, para que un Estado no protegiera a una universidad si sufría un perjuicio en el extranjero, siempre que fuera una universidad totalmente privada. En el caso de un perjuicio causado a una universidad pública, sería el Estado el que resultare directamente perjudicado. Se refirió también al ejemplo de las fundaciones y de las organizaciones no gubernamentales, que desempeñaban cada vez más una labor filantrópica en el extranjero en materia de salud, bienestar, derechos humanos, derechos de la mujer, etc. En su opinión, esas fundaciones y organizaciones no gubernamentales (a pesar de la opinión contraria de algunos tratadistas) debían ser protegidas en el extranjero.

141. Señaló que no era posible redactar proyectos de artículo que trataran de la protección diplomática de todas las clases de personas jurídicas distintas de las sociedades. La dificultad era que no había coherencia ni uniformidad entre los ordenamientos jurídicos con respecto a la atribución de la personalidad jurídica, lo que se traducía en una amplia variedad de personas jurídicas de características diferentes: sociedades, empresas públicas, universidades, escuelas, fundaciones, iglesias, colectividades locales, asociaciones sin fin lucrativo, organizaciones no gubernamentales e incluso, en algunos países, sociedades de personas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar características comunes o uniformes en todas esas personas jurídicas explicaba el hecho de que la doctrina tanto en derecho internacional público como en derecho internacional privado acostumbrara a centrar su atención en las sociedades. Como otro motivo señaló que eran las sociedades las que se dedicaban al comercio internacional y la inversión extranjera, lo que hacía que la mayor parte de la jurisprudencia sobre el tema guardase relación con controversias en materia de inversiones que afectaban a las sociedades y no a otras personas jurídicas. La complejidad de la cuestión quedaba ilustrada por la sociedad personalista (*partnership*): en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, especialmente en el derecho anglosajón, la sociedad de personas no tenía personalidad jurídica. Sin embargo, en algunos se les atribuía tal personalidad. Por consiguiente, una sociedad personalista podía ser considerada persona jurídica en un Estado y en otro no.

142. En esas circunstancias, la única forma de avanzar era centrarse en la sociedad, e incluir luego una cláusula general, como la del artículo 22, que hiciera extensivo *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas los principios aplicables a las sociedades. Señaló además que la mayoría de los casos relativos a la protección diplomática de personas jurídicas distintas de las sociedades quedarían comprendidos en los proyectos de artículo 17 y 20, y que los artículos 18 y 19, relativos a la protección de los accionistas, no se aplicarían a las personas jurídicas distintas de las sociedades.

b) Resumen del debate

143. Se expresó apoyo a la opinión de que no sería posible redactar otros artículos que trataran de la protección diplomática de cada clase de persona jurídica. La dificultad principal de ese enfoque era la infinita variedad de formas que podían adoptar las personas jurídicas, en función de la legislación interna de los Estados. Se expresó también la opinión de que podía ser de cierta

utilidad práctica mantener esa disposición, para indicar que tales casos, aunque raros, existían, como demostraba el asunto *Peter Pázmány*⁸¹.

144. Aunque la inclusión de la expresión *mutatis mutandis* obtuvo cierto apoyo, ya que se había convertido en un uso jurídico aceptado, se dijo también que ello no resolvería por completo el problema. Se indicó que la dificultad era que decía poco sobre las circunstancias que supondrían la aplicación de una norma diferente, y también sobre el contenido de esa norma diferente, es decir, sobre qué sería lo que provocaría el cambio y de qué clase de cambio se trataría. Por ello, se expresó preferencia por una norma positiva que tratara de las personas jurídicas distintas de las sociedades y se basara en un análisis de la práctica de los Estados. Se propuso la siguiente redacción: "El Estado facultado para ejercer la protección diplomática de una persona jurídica distinta de una sociedad es el Estado conforme a cuya legislación se ha atribuido la personalidad jurídica, siempre que el centro de administración se halle o la inscripción en el registro se efectúe en el territorio del mismo Estado".

145. Según otra propuesta, había que incluir en el texto el requisito del reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de una entidad determinada por los Estados interesados. Otros mantuvieron que sólo debía exigirse el reconocimiento por parte del Estado que presentara la reclamación de protección diplomática, porque, si fuera necesario el reconocimiento mutuo, el Estado que no reconociera determinadas entidades, como las organizaciones no gubernamentales, podría hacer con ellas lo que quisiera. De hecho, se recordó que ese requisito de reconocimiento mutuo no se incluía en el contexto de las sociedades. Según otro punto de vista, el aspecto común de todas las personas jurídicas era el ser titulares de derechos y obligaciones. Si en derecho interno una entidad había sido considerada como persona jurídica, eso bastaría para el ordenamiento jurídico internacional, que habría de tenerlo en cuenta a efectos de la protección diplomática. Otros sugirieron que podría dejarse al Estado determinar si deseaba ejercer la protección diplomática con respecto a la persona jurídica o no.

146. Algunos miembros expresaron su preocupación por el recurso a la protección diplomática por los Estados en el caso de personas jurídicas distintas de las sociedades, como las organizaciones no gubernamentales, cuya creación y funcionamiento se regían generalmente por el derecho interno de esos Estados. Se recordó que el ejercicio de la protección diplomática era esencialmente una decisión política, y se mantuvo que era posible que un Estado se sintiera inclinado a apoyar a una persona jurídica, establecida en su territorio, frente a otro Estado con el que no mantuviera relaciones cordiales. Por ello, se expresó preferencia por una redacción clara del artículo 22 que indicara si las organizaciones no gubernamentales gozarían de esa protección o no. De hecho se sostuvo la opinión de que, en la mayoría de los casos, las organizaciones no gubernamentales no tenían una vinculación suficiente con el Estado de inscripción para que éste ejerciera la protección diplomática. Algunos otros miembros opinaron que la protección diplomática abarcaba todas las demás personas jurídicas, incluidas las organizaciones no gubernamentales, y que de todos modos los Estados gozaban del derecho discrecional de proteger a sus propios nacionales.

⁸¹ *Appeal from a Judgment of the Czechoslovak-Hungarian Mixed Arbitral Tribunal (Peter Pázmány University v. Czechoslovakia) P.C.I.J., Reports, Serie A/B, N° 61, pág. 208.*

147. Otros expresaron dudas sobre la conveniencia de incluir siquiera la disposición, ya que se disponía de información jurídica insuficiente, incluida la relativa a la práctica de los Estados, para elaborar proyectos de normas sobre la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades. También se expresó la preocupación de que el artículo 22 planteaba problemas mucho más complejos de lo que parecía a primera vista, y que la asimilación de esas otras personas jurídicas a las sociedades y los accionistas era muy difícil. Se propuso que la cuestión fuera objeto más bien de un estudio separado.

148. Por lo que se refiere a otras sugerencias, se señaló que la referencia a los artículos 17 a 21 era inexacta, dado que los artículos 18 y 19 no se aplicaban, por lo que había que sustituirla simplemente por "en los artículos 17 y 20". Además, su título podría ser "Otras personas jurídicas". Otros miembros pusieron en duda la necesidad de referirse a los "principios".

c) Conclusiones del Relator Especial

149. El Relator Especial observó que la práctica de los Estados relativa a las circunstancias en que el Estado protegía a personas jurídicas distintas de las sociedades era escasa. Las sociedades eran las personas jurídicas que se dedicaban con más frecuencia al comercio internacional, y por ello ocupaban un lugar sumamente destacado en los litigios internacionales. El problema era cómo tratar una situación en la que había poca, o ninguna, práctica estatal, y atender al mismo tiempo a la necesidad real de ocuparse de las personas jurídicas distintas de las sociedades en el proyecto de artículos. Se recordó que, durante el debate sobre la protección de las sociedades, algunos miembros de la Comisión habían planteado la cuestión de la protección de otras personas jurídicas. Cuestiones análogas podían plantearse en la Sexta Comisión y en la comunidad jurídica internacional si no se incluía ninguna disposición en el proyecto de artículos. En su opinión, no era apropiado evitar el tema simplemente porque no había suficiente práctica de los Estados. Había que incluir una disposición al respecto, bien porque se trataba de un principio general del mismo tipo que el enunciado en el asunto *Barcelona Traction*, o bien porque se podría recurrir a él por analogía o a modo de desarrollo progresivo.

150. El Relator Especial señaló que varios miembros habían manifestado tener dificultades en relación con las organizaciones no gubernamentales. Aclaró que su intención no era ocuparse de la situación jurídica de esas entidades en el proyecto de artículos. Su planteamiento consistía simplemente en reconocer que, si el problema surgía, había que acudir a los principios de la protección diplomática de las sociedades y aplicarlos *mutatis mutandis*. Observó que, sin perjuicio de diversas sugerencias de redacción, la mayoría de la Comisión parecía apoyar ese planteamiento, así como la inclusión de la expresión *mutatis mutandis*.

151. Por consiguiente, la propuesta era que la Comisión remitiese el proyecto de artículo al Comité de Redacción a fin de que éste redactara una disposición flexible que estuviera abierta a la evolución de la práctica relativa a la aplicación de la protección diplomática a otras personas jurídicas.

**C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección diplomática
aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión**

1. Texto de los proyectos de artículo

152. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Definición y alcance

1. La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2. La protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el artículo 7 [8]⁸².

Artículo 2 [3]⁸³

Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con estos artículos.

⁸² Este párrafo volverá a examinarse si se incluyen otras excepciones en el proyecto de artículos. Véase el comentario en el documento A/57/10, págs. 154 a 156.

⁸³ Los números entre corchetes corresponden a los de los artículos propuestos por el Relator Especial. Véase el comentario en ibíd., págs. 157 a 159.

Segunda parte

PERSONAS FÍSICAS

Artículo 3 [5]⁸⁴

Estado de nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de nacionalidad.
2. A los efectos de la protección diplomática de las personas físicas, se entiende por "Estado de nacionalidad" el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona a quien se pretende proteger por razón de lugar de nacimiento, filiación, sucesión de Estados, naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Artículo 4 [9]⁸⁵

Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.
3. El nuevo Estado de nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un Estado de nacionalidad anterior de ésta en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad.

⁸⁴ El artículo 3 [5] se revisará en relación con el examen por la Comisión de la protección diplomática de las personas jurídicas. Véase el comentario en *ibíd.*, págs. 159 a 164.

⁸⁵ Véase el comentario en *ibíd.*, págs. 164 a 168.

Artículo 5 [7]⁸⁶

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea también nacional.
2. Dos o más Estados de nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Artículo 6⁸⁷

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de nacionalidad

Un Estado de nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Artículo 7 [8]⁸⁸

Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.
2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.
3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de nacionalidad del refugiado.

⁸⁶ Véase el comentario en *ibíd.*, págs. 168 a 171.

⁸⁷ Véase el comentario en *ibíd.*, págs. 171 a 176.

⁸⁸ Véase el comentario en *ibíd.*, págs. 176 a 181.

Artículo 8 [10]⁸⁹

Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]⁹⁰ antes que la persona lesionada, no obstante lo dispuesto en el artículo 10 [14], haya agotado todos los recursos internos.

2. Por "recursos internos" se entiende los recursos que de derecho puede interponer la persona lesionada ante los tribunales u órganos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado presuntamente responsable del perjuicio.

Artículo 9 [11]⁸⁹

Tipo de reclamaciones

Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]⁹⁰.

Artículo 10 [14]⁸⁹

Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

a) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado presuntamente responsable;

c) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable o las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos;

⁸⁹ Los artículos 8 [10], 9 [11] y 10 [14] se incluirán en una futura cuarta parte titulada "Recursos internos", con una nueva numeración. Véase el comentario *infra*, sec. C.2.

⁹⁰ La remisión del artículo 7 [8] se examinará de nuevo si se incluyen en el proyecto de artículos otras excepciones a la regla de la nacionalidad. Véase el comentario *infra*, sec. C.2.

d) El Estado presuntamente responsable haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos⁹¹.

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados en el 55º período de sesiones de la Comisión

153. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14] y de los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en su 55º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Artículo 8 [10]⁹²

Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]⁹³ antes que la persona lesionada, no obstante lo dispuesto en el artículo 10 [14], haya agotado todos los recursos internos.

2. Por "recursos internos" se entiende los recursos que de derecho puede interponer la persona lesionada ante los tribunales u órganos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado presuntamente responsable del perjuicio.

Comentario

1) El artículo 8 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta norma fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel* como principio "bien establecido en el derecho

⁹¹ El apartado d) podrá examinarse nuevamente con miras a incluirlo en una disposición distinta titulada "Renuncia".

⁹² Los artículos 8 [10], 9 [11] y 10 [14] se incluirán en una futura cuarta parte titulada "Recursos internos", con una nueva numeración.

⁹³ La remisión del artículo 7 [8] se examinará de nuevo si se incluyen en el proyecto de artículos otras excepciones a la regla de la nacionalidad.

internacional consuetudinario"⁹⁴ y por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Elettronica Sicula (ELSI)*, como "importante principio de derecho internacional consuetudinario"⁹⁵. El agotamiento de los recursos internos garantiza que "el Estado en que había tenido lugar la infracción tuviera la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento interno"⁹⁶. La Comisión de Derecho Internacional ha examinado anteriormente el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados, llegando a la conclusión de que es un "principio de derecho internacional general" apoyado por las decisiones judiciales, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina⁹⁷.

2) Tanto las personas físicas como las jurídicas deben agotar los recursos internos. También las sociedades extranjeras financiadas en parte o principalmente con fondos públicos deben agotar los recursos internos cuando realizan *acta jure gestionis*. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 7 [8], deben agotar los recursos internos.

3) El párrafo 1 se refiere a la formulación de una reclamación y no a su presentación, ya que el término "formular" refleja más exactamente el proceso de que se trata que la palabra "presentar", que sugiere un acto formal al que se atribuyen consecuencias, y que se utiliza mejor para designar el momento en que la reclamación se interpone oficialmente.

⁹⁴ *Interhandel case (Switzerland v. United States of America)*, objeciones preliminares, 1959, *I.C.J., Reports*, pág. 6, en la página 27.

⁹⁵ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentencia, 1989, *I.C.J., Reports*, pág.15, en la página 42, párr. 50.

⁹⁶ Asunto *Interhandel*, *supra*, nota 94, en la página 27.

⁹⁷ Artículo 22 en primera lectura. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 y Corr. (A/51/10 y Corr.7)*, cap. III D 1; *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 50; artículo 44 en segunda lectura: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 331 a 334.

4) La expresión "todos los recursos internos" debe interpretarse en relación con el artículo 10 [14], que enuncia las circunstancias excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos. Las sugerencias de que se aludiera en esta disposición a la necesidad de agotar sólo los recursos internos "adecuados y eficaces" no se recogieron por dos razones. En primer lugar porque esa salvedad del requisito del agotamiento de los recursos internos requiere atención especial en una disposición separada. En segundo lugar, el hecho de que recaiga generalmente en el Estado demandado la carga de probar que existen recursos internos, mientras que incumbe generalmente al Estado demandante la de probar que la persona lesionada no tiene a su disposición vías de recurso efectivas⁹⁸, requiere tratar por separado estos dos aspectos de la regla de los recursos internos.

5) Los recursos disponibles para un extranjero, que deben ser agotados antes de formular una reclamación internacional, varían inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse⁹⁹. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a apelar en las circunstancias del caso al más alto órgano jurisdiccional, habrá que interponer esa apelación a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. A ese respecto, los tribunales incluyen tanto los ordinarios como los especiales, porque "la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o

⁹⁸ La cuestión de la carga de la prueba fue examinada por el Relator Especial en su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), párrs. 102 a 118. La Comisión decidió no incluir un proyecto de artículo sobre ese tema: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párrs. 240 a 252. Véase también el asunto *Elettronica Sicula (ELSI)*, *supra*, nota 95, en las páginas 46 a 48 (párrs. 59 a 63).

⁹⁹ En el asunto *Ambatielos*, el tribunal arbitral declaró que "se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno": 1956, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 83, en la página 120. Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990).

extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente"¹⁰⁰. Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo está obligado a agotar los recursos de esa índole que puede hacer valer de derecho y que pueden llevar a una decisión obligatoria, de conformidad con la máxima *ubi jus, ibi remedium*. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia¹⁰¹ ni aquellos "cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho"¹⁰².

6) Para fundar convenientemente una reclamación internacional en el motivo de que se han agotado los recursos internos, el litigante extranjero debe plantear todos los argumentos que se propone utilizar en el procedimiento internacional ante los órganos jurisdiccionales internos. En el asunto *ELSI*, la Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró:

"para que una demanda internacional sea admisible, basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito."¹⁰³

Este criterio es preferible al criterio más estricto enunciado en el *Arbitraje relativo a los buques finlandeses*, según el cual:

¹⁰⁰ *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, Application N° 343/57, (1958-1959) 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 412, en la página 438 (en relación con las consideraciones expuestas por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1954) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, vol. 46, pág. 364). Véase también *Lawless case*, Application N° 332/57 (1958-1959), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 308, en las páginas 318 a 322.

¹⁰¹ *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finnish Ships Arbitration)*, 1934, *U.N.R.I.A.A.*, vol III, pág. 1479.

¹⁰² *De Becker v. Belgium*, Application N° 214/56 (1958-1959), 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 214, en la página 238.

¹⁰³ *Supra*, nota 95, en el párrafo 59.

"[t]odos los argumentos de hecho y de derecho aducidos por el gobierno demandante... deben haber sido examinados por los tribunales internos, que deben haber estatuido al respecto."¹⁰⁴

7) Por consiguiente, el litigante extranjero debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo del fondo de su demanda durante el proceso de agotamiento de los recursos internos¹⁰⁵. No puede acogerse a la vía de recurso internacional que le ofrece la protección diplomática para compensar la mala preparación o la mala presentación de su demanda en el ámbito interno¹⁰⁶.

Artículo 9 [11]⁹²

Tipo de reclamaciones

Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8]⁹³.

Comentario

1) El agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado que formula la reclamación ha sido perjudicado "indirectamente", es decir, en la persona de su nacional¹⁰⁷. No es aplicable cuando el Estado autor de la reclamación es perjudicado directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en este caso el Estado tiene claramente una razón propia para presentar una reclamación internacional.

¹⁰⁴ *Supra*, nota 101, en la página 1502.

¹⁰⁵ *Ambatielos claim*, *supra*, nota 99, pág. 120.

¹⁰⁶ D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, pág. 1059.

¹⁰⁷ Esto concuerda con el principio expuesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, según el cual "[a]l asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus súbditos": 1924, *P.C.I.J.*, Serie A, Nº 2, pág. 12.

2) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es "directa" o "indirecta" cuando es "mixta", en el sentido de que contiene elementos tanto de perjuicio para el Estado como de perjuicio para los nacionales del Estado. Muchas controversias sometidas a los tribunales internacionales corresponden al fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto de los *Rehenes*¹⁰⁸, hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un perjuicio para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes; y en el asunto *Interhandel*¹⁰⁹, Suiza alegó haber sido lesionada directamente, por la violación de un tratado, y también indirectamente, por el perjuicio causado a una sociedad suiza. En el asunto de los *Rehenes*, la Corte trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional; y en el asunto *Interhandel*, decidió que la reclamación era preponderantemente indirecta y que *Interhandel* no había agotado los recursos internos.

3) En caso de una reclamación mixta, incumbe al tribunal examinar los diferentes elementos de la reclamación y decidir si es el elemento directo o el elemento indirecto el preponderante. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia rechazó el argumento de los Estados Unidos de que parte de su reclamación se basaba en la violación de un tratado y, por lo tanto, era innecesario agotar los recursos internos, sosteniendo que:

"la Sala no duda que la cuestión que predominantemente influye en la demanda de los Estados Unidos en su conjunto es el presunto perjuicio sufrido por Raytheon y Machlett [sociedades estadounidenses]."¹¹⁰

Muy próximo al criterio de la preponderancia, el criterio de la condición *sine qua non*, o "a falta de", plantea la cuestión de si la reclamación que comprende elementos de perjuicio

¹⁰⁸ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (United States v. Iran)*, 1980, *I.C.J., Reports*, pág. 3.

¹⁰⁹ *Supra*, nota 94.

¹¹⁰ *Supra*, nota 95, pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel*, *supra*, nota 94, pág. 28.

tanto directo como indirecto se habría presentado si no fuera por la demanda por cuenta del nacional lesionado. Si la respuesta es negativa, la reclamación es indirecta y deben agotarse los recursos internos. No es mucho, sin embargo, lo que distingue el criterio de la preponderancia del criterio "a falta de". Si una reclamación se basa preponderantemente en el perjuicio sufrido por un nacional, ello indica que la reclamación no se habría presentado a falta de ese perjuicio. En esas circunstancias, la Comisión prefirió adoptar un solo criterio, es decir, el de la preponderancia.

4) Los otros "criterios" invocados para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto criterios como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación se inclina predominantemente en el sentido de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado a falta del perjuicio causado al nacional.

Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, la naturaleza de la reclamación y la reparación exigida. Así, cuando el objeto de la controversia sea un funcionario diplomático¹¹¹ o un bien del Estado¹¹², la reclamación será normalmente directa, y si el Estado trata de obtener una indemnización por cuenta de su nacional, la reclamación será indirecta.

5) El artículo 9 [11] deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declarativa que se base predominantemente en un perjuicio causado a un nacional. Aunque se pueda considerar que si el Estado no pide una indemnización de daños y perjuicios para un nacional lesionado, sino simplemente una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado no hay necesidad de agotar los recursos internos¹¹³, hay casos en que se ha exigido a un Estado que agote los recursos internos cuando pedía una sentencia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un

¹¹¹ *Hostages case*, *supra*, nota 108.

¹¹² *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, fondo, 1949, *I.C.J., Reports*, pág. 4.

¹¹³ *Case concerning the Air Services Agreement (France v. United States of America)*, 1978, *U.N.R.I.A.A.*, vol XVIII, 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, 1988, *I.C.J., Reports*, pág. 29, párr. 41.

tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional del Estado demandante¹¹⁴. El artículo 9 [11] deja en claro que una petición de sentencia declarativa no supone en sí exención de la regla del agotamiento de los recursos internos. Cuando la petición de sentencia declarativa es accesoria a una reclamación en que se alega un perjuicio a un nacional o está relacionada con ella *-vinculada o no a una demanda de indemnización o restitución en favor del nacional lesionado-* sigue siendo posible que un tribunal falle que, dadas las circunstancias del caso, la petición de sentencia declarativa se basa principalmente en el perjuicio causado al nacional. Una decisión de esa índole sería justa y razonable en los casos en que se hubiera probado que el Estado demandante había pedido deliberadamente una sentencia declarativa a fin de evitar el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

Artículo 10 [14]⁹²

Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

- a) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;
- b) En la tramitación del recurso exista una dilación indebida atribuible al Estado presuntamente responsable;
- c) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable o las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos;
- d) El Estado presuntamente responsable haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos¹¹⁵.

¹¹⁴ Véase el asunto *Interhandel*, *supra*, nota 94, págs. 28 y 29; y el asunto *ELSI*, *supra*, nota 95, pág. 43.

¹¹⁵ El apartado d) podrá examinarse nuevamente con miras a incluirlo en una disposición distinta titulada "Renuncia".

Comentario

1) El artículo 10 [14] trata de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Los apartados a) a c), que tratan de las circunstancias que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero lesionado que agote los recursos internos como condición previa para formular una reclamación son claras excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos. El apartado d) trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado a exigir la observancia de esa regla. Como esta excepción no es de la misma naturaleza que las que figuran en los apartados a) a c), quizás sea necesario, en una etapa ulterior, regular este supuesto en una disposición separada¹¹⁶.

Apartado a)

2) El apartado a) versa sobre la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que a veces se denomina, en términos generales, excepción de "inutilidad" o de "ineficacia". La Comisión examinó tres opciones para formular una norma que recogiera las circunstancias en que no sería necesario agotar los recursos internos:

- i) Los recursos internos son manifiestamente inútiles;
- ii) Los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito;
- iii) Los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación eficaz.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre los autores.

3) La Comisión examinó el criterio de la "inutilidad manifiesta", expuesto por el árbitro Bagge en el *Arbitraje relativo a los buques finlandeses*¹¹⁷, pero decidió que ese criterio fijaba un umbral demasiado alto. En cambio, la Comisión estimó que el criterio de la

¹¹⁶ Ibíd.

¹¹⁷ *Supra*, nota 101, en la página 1504.

"falta de perspectiva razonable de éxito", aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones¹¹⁸, era demasiado generoso para el demandante.

En consecuencia, prefirió la tercera opción que evita los términos rigurosos de "inutilidad manifiesta", pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz. Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto de los *Empréstitos noruegos*¹¹⁹ y es apoyado por una parte de la doctrina¹²⁰. Además, concuerda con las decisiones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate¹²¹; cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no sea examinada por el tribunal interno¹²²; cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia¹²³; cuando haya una serie

¹¹⁸ *Retimag S.A. v. Federal Republic of Germany*, Application N° 712/60, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 385, en la página 400; *X, Y and Z v. UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, pág. 18, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, pág. 66, en la página 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura: *Anuario...*, 1977, vol. 11 (segunda parte), pág. 47, párr. 48.

¹¹⁹ 1957, *I.C.J., Reports*, pág. 9, en la página 39.

¹²⁰ Véase el tercer informe sobre la protección diplomática, de 2002 (A/CN.4/523 y Add.1), párr. 35.

¹²¹ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, 1939, *P.C.I.J.*, Serie A/B, N° 76, pág. 4, en la página 18, *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, recogido en 1934, 28 *A.J.I.L.*, pág. 760, en la página 789; R. Gelbrunk, "Salvador Commercial Co." y otros, 1902, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 467, en las páginas 467 a 477; "*The Lottie May*" Incident (Arbitraje entre Honduras y el Reino Unido), 1899, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 29, en la página 31; voto particular del Magistrado Lauterpacht en el asunto de los *Empréstitos noruegos*, *supra*, nota 119, págs. 39 y 40; y *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 101, pág. 1535.

¹²² *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *supra*, nota 121, pág. 789. Véase también *Affaire des forêts de Rhodope Central*, fondo, 1933, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1405; *Ambatielos claim*, *supra*, nota 99, pág. 119; y asunto *Interhandel*, *supra*, nota 94, pág. 28.

¹²³ *Robert E. Brown claim*, 1923, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 120; asunto *Velásquez Rodríguez*, 1989, 28 *I.L.M.*, pág. 291, en las páginas 304 a 309.

constante y bien establecida de precedentes contrarios a los extranjeros¹²⁴; cuando los tribunales internos no ofrezcan al extranjero una vía de recurso apropiada y suficiente¹²⁵; o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de protección judicial¹²⁶.

4) La cuestión de si los recursos internos ofrecen o no una posibilidad razonable de reparación eficaz debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias en el momento en que se apliquen. Es una cuestión que decidirán los tribunales internacionales competentes encargados de examinar el agotamiento de los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada¹²⁷.

¹²⁴ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *supra*, nota 121, pág. 4, en la página 18; S.S. "Lisman", 1937, U.N.R.I.A.A., vol. III, pág. 1769, en la página 1773; S.S. "Segurança", 1939, U.N.R.I.A.A., vol. III, pág. 1861, en la página 1868; *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 101, en la página 1495; *X. v. Federal Republic of Germany*, 1956, 1 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 138; *X. v. Federal Republic of Germany*, 1958-1959, 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 342, en la página 344; y *X v. Austria*, 1960, 3 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 196, en la página 202.

¹²⁵ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 101, págs. 1496 y 1497; asunto *Velásquez Rodríguez*, *supra*, nota 123, págs. 304 a 309; *Yagci and Sargin v. Turkey*, sentencia de 8 de junio de 1995, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 319, pág. 3, en la página 17, párr. 42; *Hornsby v. Greece*, sentencia de 14 de marzo de 1997, 1997-II, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 33, pág. 495, en la página 509, párr. 37.

¹²⁶ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 1997, 107 *I.L.R.*, pág. 457, en la página 460. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades intrínsecas de los procedimientos jurídicos de la justicia militar obviaban la necesidad de agotar los recursos internos; resolución 1a/88, asunto 9755, *Ann.Rep 1 A Com HR 1987/1988*.

¹²⁷ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 101, pág. 1504; *Ambatielos claim*, *supra*, nota 99, págs. 119 y 120.

Apartado b)

5) La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una demora excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en los intentos de codificación¹²⁸, los instrumentos y prácticas de derechos humanos¹²⁹, las decisiones judiciales¹³⁰ y la doctrina. La Comisión tuvo conciencia de la dificultad de dar un contenido objetivo al significado de "dilación indebida", o de tratar de establecer un plazo fijo para hacer efectivos los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la British Mexican Claim Commission en el asunto *El Oro Mining*:

La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el plazo en que se supone que el tribunal dicte sentencia. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso.¹³¹

6) El apartado b) deja en claro que la demora en la tramitación del recurso debe ser atribuible al Estado presuntamente responsable de un perjuicio causado a un extranjero. Se prefiere la expresión "tramitación del recurso" a "recursos internos" para incluir todo el

¹²⁸ Véase el examen de los primeros intentos de codificación por F. V. García Amador en su primer informe, *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 171, en las páginas 219 a 222; art. 19, 2) del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por Harvard Research on International Law, reproducido en 1961, 55 *A.J.I.L.*, pág. 545, en la página 577.

¹²⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1, apartado c)); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46, párr. 2, apartado c)); *Weinberger v. Uruguay*, comunicación N° 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de decisiones*, vol. 1, pág. 57, en la página 59; *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, N° 67, párr. 38 (4 de febrero de 2000); *Erdogan v. Turkey*, Application N° 19807/92, N° 84 A, Comisión Europea de Derechos Humanos (1996), *Decisions and Reports*, pág. 5, en la página 15.

¹³⁰ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain v. United Mexican States)*, (1931) *U.N.R.I.A.A.*, vol. V; pág. 191, en la página 198. *Administration of the Prince von Pless*, 1933, *P.C.I.J.*, Serie A/B, N° 52, pág. 16.

¹³¹ *Supra*, nota 130, en la página 198.

proceso mediante el cual se ejercitan y ejecutan los recursos internos y a través del cual se encauzan esos recursos.

Apartado c)

7) La excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que figura en el apartado a) del artículo 10 [14], según la cual no habrán de agotarse los recursos internos cuando "no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz", no incluye los supuestos en que esos recursos internos podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan recursos internos eficaces, sería poco razonable e injusto exigir a una persona lesionada que agotase esos recursos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada por un Estado cuyo espacio aéreo haya sido violado accidentalmente; o cuando el Estado demandado u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos los recursos internos no deben agotarse, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo lesionado y el Estado demandado, o por la existencia de la excepción de dificultades especiales.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con ese Estado¹³². Los que defienden este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se

¹³² Véase Amerasinghe, *supra*, nota 99, pág. 138; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", 1959, 35 *B.Y.I.L.*, pág. 83, en la página 94.

caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba actividades comerciales en un país extranjero era lesionado por la actuación de ese Estado y, por consiguiente, cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que debe considerarse que el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular sea lesionado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernobyl cerca de Kiev, en Ucrania, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y el hecho de derribar una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como el asunto del *Incidente aéreo*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la jurisprudencia ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay pronunciamientos jurisdiccionales que apoyan la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*¹³³ y *Salem*¹³⁴, en otros asuntos¹³⁵, los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado demandado. Tanto en el

¹³³ En este asunto, la Corte Internacional de Justicia declaró: "... se ha considerado en tal caso necesario que el *Estado en que tuvo lugar la infracción* tenga también una oportunidad de subsanarla por sus propios medios", *supra*, nota 94, en la página 27. La cursiva es añadida.

¹³⁴ En este asunto, un tribunal arbitral declaró que "por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona", 1932, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1165, en la página 1202.

¹³⁵ *Finnish Ships Arbitration*, *supra*, nota 101; *Ambatielos Claim*, *supra*, nota 99.

asunto de los *Empréstitos noruegos*¹³⁶ como en el asunto del *Incidente aéreo (Israel c. Bulgaria)*¹³⁷ se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la Corte Internacional de Justicia adoptó una decisión al respecto. En el asunto de la *Fundición de Trail*¹³⁸, relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros¹³⁹ en que se prescindió de los recursos internos, sin que hubiera ningún vínculo voluntario, se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya una aceptación voluntaria de la jurisdicción como condición previa para que se aplique la regla del agotamiento de los recursos internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa regla en estos casos, sin embargo, puede explicarse como ejemplo de daño directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o basada en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) Aunque la Comisión estimó que era necesario prever expresamente esta excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, prefirió no utilizar la expresión "vínculo voluntario" para describirla, ya que esta expresión subraya la intención subjetiva del individuo lesionado y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. Además, sería difícil probar ese criterio subjetivo en la práctica. De ahí la decisión de la Comisión de exigir la existencia de un "vínculo pertinente" entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Ese vínculo debe ser "pertinente" en el sentido de que debe referirse de algún modo al perjuicio sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular lesionado estaba presente, residía o realizaba actividades comerciales en el territorio del Estado de acogida, sino también si,

¹³⁶ Alegaciones orales de Francia, 1957, *I.C.J. Pleadings*, vol. I, pág. 408.

¹³⁷ *Case concerning the Aerial incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, objeciones preliminares, alegaciones orales de Israel, 1959, *I.C.J. Pleadings*, págs. 531 y 532.

¹³⁸ 1935, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905.

¹³⁹ Asunto *Virginus*, recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, pág. 895, en la página 903; y asunto *Jessie*, recogido en 1922, *16 A.J.I.L.*, págs. 114 a 116.

dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, había asumido el riesgo de que, de sufrir un perjuicio, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. Se decidió que la palabra "pertinente" sería la que mejor permitiría a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero lesionado y el Estado de acogida en el contexto del perjuicio, a fin de determinar si había habido una asunción del riesgo por parte de ese extranjero lesionado.

11) La segunda parte del apartado c) tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir de la necesidad de agotar de los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, no sería razonable esperar la observancia de esa regla. Al hacer esa determinación, habrá que examinar evidentemente cada caso de forma individual, y no sería prudente tratar de ofrecer una lista amplia de los factores que podrían matizar esa excepción. No obstante, se sugiere que la excepción podría invocarse cuando un Estado impidiera a un extranjero lesionado el acceso de hecho a sus tribunales, por ejemplo, denegándole la entrada en su territorio o exponiéndole a peligros que hicieran para él inseguro tratar de entrar en su territorio; o cuando conspiraciones delictivas dentro del Estado de acogida obstaculicen la interposición de una demanda ante los tribunales internos; o cuando el costo del agotamiento de los recursos internos resulte prohibitivo.

Apartado d)

12) Un Estado puede estar dispuesto a renunciar a exigir el agotamiento de los recursos internos. Como la finalidad de esa regla es proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se deduce que el Estado puede renunciar a esa protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

"En este caso, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la norma que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber

tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se la ha considerado así un medio de defensa y, como tal, renunciable, incluso de modo tácito."¹⁴⁰

13) La renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos puede revestir muchas formas distintas. Puede aparecer en un tratado bilateral o multilateral concertado antes o después de que se suscite la controversia; puede aparecer en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado; puede ser expresa o tácita; o puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificado de *estoppel* (regla de los actos propios) o de caducidad o pérdida de derechos.

14) Se puede incluir una cláusula expresa de renuncia en un compromiso de arbitraje especialmente concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro se dirimirán mediante arbitraje o alguna otra forma de solución de controversias internacionales. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la renuncia expresa a la regla del agotamiento de los recursos internos es válida. La renuncia es común en la práctica estatal contemporánea y muchos convenios arbitrales contienen cláusulas de renuncia. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, según el cual:

"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio."¹⁴¹

¹⁴⁰ Asunto relativo al *Gobierno de Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1984) 67 I.L.R. pág. 578, en la página 587, párr. 26. Véase también el asunto *ELSI*, *supra*, nota 95, pág. 42, párr. 50; los asuntos *De Wilde, Ooms y Versyp* ("*Vagrancy cases*"), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1971, 56 I.L.R., pág. 337, en la página 370, párr. 55.

¹⁴¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

Se reconoce generalmente que la renuncia expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y un extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la legislación del Estado de acogida¹⁴².

15) No se puede interpretar con demasiada facilidad que haya una renuncia tácita al agotamiento de los recursos internos. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró a este respecto que no podía:

"aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla."¹⁴³

16) Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de renunciar al agotamiento de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión es corroborada tanto por la jurisprudencia¹⁴⁴ como por la doctrina. No es posible enunciar una norma general que establezca dos supuestos en que se puede inferir tácitamente la intención de renunciar al agotamiento de los recursos internos. Cada caso deberá resolverse conforme a los términos del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter al arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cabe considerar que ese acuerdo "no implica la renuncia a exigir el agotamiento de todos los recursos internos cuando una de las partes contratantes hace suya la demanda de su nacional"¹⁴⁵. La Sala de la Corte Internacional de Justicia confirmó en el asunto *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o

¹⁴² Asunto relativo al *Gobierno de Costa Rica*, *supra*, nota 140, pág. 587, párr. 26; "*Vagrancy cases*", *supra*, nota 140, pág. 370, párr. 55.

¹⁴³ *Supra*, nota 95, pág. 42, párr. 50.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross v. Polish State*, 1927-1928, 4 *Annual Digest of Public International Law Cases*, pág. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Laudo N° 93-2-3, (1983) 4 *Iran-US CTR*, pág. 96.

¹⁴⁵ F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", 1967, 42 *B.Y.I.L.*, pág. 1, en la página 32.

tácita en un caso de esa índole¹⁴⁶. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de haber surgido la controversia. En tal caso, se puede sostener que la renuncia puede ser considerada implícita si el Estado demandado concertó un convenio arbitral con el Estado demandante para resolver las controversias relativas al trato de los nacionales después de haber causado al nacional el perjuicio que es objeto de la controversia, y si el convenio no dice nada acerca del mantenimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

17) Aunque la tesis de que el comportamiento observado por el Estado demandado en un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado no pueda exigir que se agoten los recursos internos obtuvo cierto apoyo¹⁴⁷, la Comisión prefirió no mencionar el *estoppel* o regla de los actos propios al formular la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a la doctrina del *estoppel* en derecho internacional.

La Comisión estimó que era más prudente permitir que el comportamiento del que podía inferirse una renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos se tratara como una renuncia implícita.

¹⁴⁶ *Supra*, nota 95. En el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa a tenor del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte no constituía una renuncia implícita a la regla del agotamiento de los recursos internos; *supra*, nota 121.

¹⁴⁷ Véase el asunto *ELSI*, *supra*, nota 95, en la página 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (Tribunal arbitral), 1966, 102 I.L.R., pág. 216, en la página 285, párr. 6.33; *Foti and others*, 1982, 71 I.L.R., pág. 366, en la página 380, párr. 46.

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN CASO DE PÉRDIDA CAUSADA POR UN DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS)

A Introducción

154. En su 30º período de sesiones celebrado en 1978, incluyó la Comisión 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-Baxter¹⁴⁸.

155. La Comisión recibió y examinó, entre su 32º período de sesiones (1980) y su 36º período de sesiones (1984), cinco informes del Relator Especial¹⁴⁹. 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.

156. En ese mismo 36º período de sesiones, la Comisión dispuso también de 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 suplirlos¹⁵⁰, y de un estudio preparado por la Secretaría titulado

¹⁴⁸ 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. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

¹⁴⁹ Los cinco informes del Relator Especial figuran 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.

¹⁵⁰ *Anuario...*, 1984, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

"Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional"¹⁵¹.

157. En su 37º período de sesiones, celebrado en 1985, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37º período de sesiones (1985) y su 48º período de sesiones (1996), 12 informes del Relator Especial¹⁵².

158. En su 44º período de sesiones, en 1992, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema¹⁵³. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión, en su 2282ª sesión, el 8 de julio de 1992, adoptó la decisión de continuar gradualmente la labor sobre este tema. Finalizar primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos y seguir con las medidas correctivas¹⁵⁴. La Comisión decidió, habida cuenta de la ambigüedad del título del tema, mantener su hipótesis de trabajo de que el tema se refería a "actividades" y aplazar todo cambio oficial del título.

159. En su 48º período de sesiones, en 1996, la Comisión restableció el Grupo de Trabajo para que examinara el tema en todos sus aspectos a la luz de los informes del Relator Especial y de los debates celebrados a lo largo de los años en la Comisión y para que formulara recomendaciones a ésta. El Grupo de Trabajo presentó un informe¹⁵⁵ que ofrecía un cuadro

¹⁵¹ *Anuario...*, 1985, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384. Véase también "Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", *Anuario...*, 1995, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471.

¹⁵² Los 12 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; *Anuario...*, 1988, vol. II (primera parte), pág. 254, documento A/CN.4/413; *Anuario...*, 1989, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423; *Anuario...*, 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428; *Anuario...*, 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437; *Anuario...*, 1992, vol. II (primera parte), pág. 77, documento A/CN.4/443; *Anuario...*, 1993, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450; *Anuario...*, 1994, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/459; documento A/CN.4/468; y documento A/CN.4/475 y Add.1.

¹⁵³ *Anuario...*, 1992, vol. III (segunda parte), párr. 281.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, párrs. 341 a 349. Véanse las recomendaciones detalladas de la Comisión en *ibíd.*, 1995, vol. II (segunda parte), cap. V.

¹⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, anexo I.

completo del tema en relación con el principio de prevención y la obligación de conceder una indemnización u otra reparación y presentaba artículos y comentarios al respecto.

160. En su 49º período de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara cómo debería proceder la Comisión en su labor relativa al tema. El Grupo de Trabajo examinó la labor realizada por la Comisión sobre el tema desde 1978. Señaló que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la "responsabilidad de los Estados". El Grupo de Trabajo señaló además que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: la "prevención" y la "responsabilidad internacional". En opinión del Grupo de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado.

161. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada "Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas"¹⁵⁶. La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156. En el mismo período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial encargado de esta parte del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao¹⁵⁷. La Comisión recibió, entre su 50º período de sesiones (1998) y su 52º período de sesiones (2000), tres informes del Relator Especial¹⁵⁸.

162. En su 50º período de sesiones, en 1998, la Comisión aprobó en primera lectura una serie de 17 proyectos de artículo sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁵⁹. En su 53º período de sesiones, en 2001, la Comisión aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y una serie de 19 proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁶⁰, concluyendo así su labor sobre la primera parte del tema. Además, la Comisión recomendó a la Asamblea General que elaborase una convención basada en los proyectos de artículo.

163. La Asamblea General, en el párrafo 3 de la parte dispositiva de la resolución 56/82, pidió a la Comisión que reanudara su examen de los aspectos del tema relacionados con la

¹⁵⁶ *Ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10), párr. 168.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ A/CN.4/487 y Add.1, A/CN.4/501 y A/CN.4/510. La Comisión dispuso también de los comentarios y observaciones de los gobiernos, A/CN.4/509 y A/CN.4/516, este último recibido en 2001.

¹⁵⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 52.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), párr. 97.

responsabilidad, teniendo presente la relación que existe entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

164. En su 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión reanudó su examen de la segunda parte del tema y estableció un Grupo de Trabajo para que examinara sus bases teóricas. En su informe, el Grupo de Trabajo expuso algunos primeros elementos de acuerdo sobre el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)" y presentó algunas opiniones sobre su alcance y el planteamiento que había que adoptar. La Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao¹⁶¹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

165. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (A/CN.4/531). Examinó el informe en sus sesiones 2762ª, 2763ª, 2764ª, 2765ª, 2766ª, 2767ª, 2768ª y 2769ª, celebradas los días 23, 27, 28 y 30 de mayo, y 3 a 6 de junio de 2003.

166. En su 2769ª sesión, celebrada el 6 de junio de 2003, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, para que ayudara al Relator Especial a estudiar la futura orientación del tema a la luz de su informe y del debate de la Comisión. El Grupo de Trabajo celebró tres sesiones.

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

167. El Relator Especial señaló que su informe se dividía en tres partes: en la primera, se examinaba la labor sobre el tema realizada por la Comisión, comenzando por un análisis de los planteamientos de Robert Quentin Quentin-Baxter (A/CN.4/531, párrs. 6 a 9) y Julio Barboza (ibíd., párrs. 10 a 14). En ella se analizaban también varias cuestiones pertinentes, que habían originado controversia en los trabajos anteriores de la Comisión, así como en la medida en que tales cuestiones se habían resuelto o seguían pendientes¹⁶².

¹⁶¹ Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 441.

¹⁶² El estrecho vínculo entre prevención y responsabilidad establecido en los planteamientos adoptados por Quentin-Baxter y Barboza, que se consideraba problemático, fue resuelto por la decisión de la Comisión de dividir el tema y tratar primero de la prevención y después de la responsabilidad. Otras cuestiones sobre las que resultaba difícil llegar a un acuerdo eran a) la responsabilidad del Estado, y la función de la responsabilidad causal como base para la creación de un régimen internacional; b) el alcance de las actividades y los criterios para delimitar el "daño transfronterizo"; y c) el umbral de daño comprendido dentro del ámbito del tema.

168. El Relator Especial recordó que la Comisión había respaldado las recomendaciones del Grupo de Trabajo de 2002 de que la Comisión: a) limitase el alcance del tema a las mismas actividades que estaban comprendidas en los proyectos de artículo sobre la prevención, es decir, a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañasen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible; b) se concentrase en el daño causado por varias razones que no entrañaban necesariamente la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados; c) abordase el tema como una cuestión de asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervenían en la realización de las actividades peligrosas; d) incluyera dentro del alcance del tema las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los elementos del patrimonio nacional y el patrimonio del Estado, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

169. El Relator Especial observó que en la parte I se planteaban también algunas consideraciones de principio relacionadas con este tema (ibíd., párrs. 43 a 46), que en general habían constituido la base de los trabajos de la Comisión al respecto: a) que cada Estado debía tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que fuera compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; b) que la protección de tales derechos e intereses exigía que se adoptaran medidas preventivas y, si no obstante se producía un perjuicio, medidas de reparación; y c) que en la medida en que ello fuera compatible con esos dos principios, no se debía dejar que la víctima inocente¹⁶³ tuviera que soportar la pérdida o el perjuicio.

170. Los proyectos de artículo sobre la prevención ya reflejaban el primer objetivo y, en parte, el segundo, pero el reto que ahora se planteaba a la Comisión era poner en práctica los restantes elementos del principio, en particular, había que alentar a los Estados a celebrar acuerdos internacionales y a promulgar las disposiciones legislativas pertinentes, así como a poner en práctica mecanismos que permitieran la aplicación de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluida la indemnización de las actividades que entrañasen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

171. El Relator Especial observó también que aunque se reconocía en general que todo régimen de responsabilidad (*liability*) e indemnización debía tener por objetivo lograr que, en la medida de lo posible, la víctima inocente no tuviese que soportar la pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de una actividad peligrosa, una indemnización íntegra quizás no fuera posible en cada caso. Entre los factores que incidían negativamente en las posibilidades de obtener un resarcimiento íntegro figuraban los siguientes: los problemas relativos a la definición del daño, las dificultades de la prueba de la pérdida, los problemas de la ley aplicable, las limitaciones de la responsabilidad (*liability*) del explotador y las limitaciones con que funcionaban los mecanismos de financiación contributiva y complementaria.

172. En la parte II del informe se examinaban los tratados y otros instrumentos sectoriales y regionales (ibíd., párrs. 47 a 113), algunos de los cuales estaban bien arraigados y otros no habían entrado todavía en vigor pero resultaban instructivos como modelos de asignación de la

¹⁶³ "Víctima inocente" es una expresión cómoda para designar a las personas que no son responsables del daño transfronterizo.

pérdida en caso de daño transfronterizo¹⁶⁴. El Relator Especial señaló que el régimen de responsabilidad (*liability*) por el que se regían las actividades espaciales era el único que establecía la responsabilidad (*liability*) de los Estados.

173. El Relator Especial señaló que el panorama resultante de ese examen era ambiguo. Algunos instrumentos no habían entrado todavía en vigor o no habían obtenido un gran número de ratificaciones, y sin embargo seguía habiendo una tendencia perceptible a explorar más detenidamente los aspectos de responsabilidad (*liability*). El Relator Especial también puso de relieve los rasgos comunes de los distintos regímenes y planteó cuestiones fundamentales acerca de la responsabilidad civil, señalando en especial que las cuestiones jurídicas que planteaba un régimen de responsabilidad civil eran complejas y sólo podían ser resueltas en el contexto de cada caso particular. Esas soluciones dependían también de la jurisdicción ante la cual se ejercitaba la acción y de la ley aplicable. Aunque era posible negociar acuerdos convencionales específicos para determinar el régimen jurídico aplicable al desempeño de una actividad, el Relator Especial se había abstenido de deducir conclusiones generales del sistema de responsabilidad civil, ya que podía llevar a la Comisión a abordar un campo de estudio totalmente diferente.

174. El Relator Especial señaló que la parte III del informe contenía las propuestas que se sometían a la consideración de la Comisión:

- a) Aunque los regímenes de responsabilidad (*liability*) examinados tenían elementos comunes, cada régimen estaba concebido a la medida de un contexto determinado. Ciertamente no se infería de ese examen que la mejor manera de cumplir la obligación de indemnizar fuera negociar un tipo determinado de convenio sobre la responsabilidad (*liability*). La obligación se podría cumplir de igual modo, si se estimara procedente, mediante *forum shopping* (o búsqueda de un *forum conveniens*) y permitiendo al demandante ejercitar su acción ante la jurisdicción más favorable, o negociando un acuerdo extrajudicial ad hoc.
- b) Habría que reconocer a los Estados la flexibilidad necesaria para que elaborasen regímenes de responsabilidad (*liability*) adecuados a sus necesidades particulares. Por consiguiente, el modelo de asignación de la pérdida que adoptase la Comisión debería ser de carácter general y supletorio.

¹⁶⁴ Por ejemplo, en el Convenio de Lugano sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993, que aún no ha entrado en vigor; véase 32 *I.L.M.*, 1993, 128; y el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 1999, en el que las diferentes partes son individual o solidariamente responsables de la pérdida en las diferentes etapas del movimiento de desechos peligrosos (UNEP/CHW/5/29). Véase asimismo la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, de 1989, documento de las Naciones Unidas ECE/TRANS/79.

- c) El Relator Especial, teniendo en cuenta algunos de los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema, propuso que, en la elaboración de ese modelo, la Comisión tomase en consideración lo siguiente:
- 1) El régimen debería entenderse sin perjuicio de las demandas de responsabilidad civil, según se definían en el derecho nacional, y de los recursos disponibles en el ámbito interno o en virtud del derecho internacional privado. A los efectos del presente proyecto, no era necesario que el modelo de asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo se basara en un régimen de responsabilidad (*liability*) determinado, como los de responsabilidad causal (*strict liability*) o de responsabilidad por culpa o negligencia (*fault liability*).
 - 2) Tal régimen debería entenderse sin perjuicio de las reclamaciones presentadas conforme al derecho internacional, en particular el derecho de la responsabilidad de los Estados (*State responsibility*).
 - 3) El alcance del tema para los efectos del presente régimen de atribución debería ser el mismo que el adoptado para los proyectos de artículo sobre la prevención.
 - 4) Habría que aplicar el mismo umbral de daño sensible, que se había definido y acordado en el contexto de los proyectos de artículo sobre la prevención. Del análisis de los diversos regímenes de responsabilidad (*liability*) e indemnización se desprendía que todos establecían un umbral determinado como base de la aplicación del régimen.
 - 5) La responsabilidad (*liability*) de los Estados era una excepción que sólo se aceptaba en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre.
 - 6) La responsabilidad (*liability*) y la obligación de indemnizar deberían recaer ante todo en la persona a quien en mayor medida correspondiese la dirección y el control de la actividad peligrosa en el momento de ocurrir el accidente o evento. Esa persona no tenía que ser siempre el explotador de una instalación o de una actividad de riesgo.
 - 7) La persona que ejerciera la dirección y el control de la actividad peligrosa podría incurrir en responsabilidad (*liability*) en cuanto fuera posible razonablemente establecer un nexo entre el daño y la actividad en cuestión. El criterio del carácter razonable y no la prueba estricta de una relación de causalidad debería ser suficiente para dar lugar a responsabilidad (*liability*). Esto era necesario porque las actividades peligrosas comprendían elementos científicos y tecnológicos complejos. Además, se trataba de un daño de carácter transfronterizo.
 - 8) No obstante, el criterio del carácter razonable podría ser refutado en razón, por ejemplo, de que el daño tenía varias fuentes o de que mediaban otras causas,

que escapaban al control de la persona que incurría en responsabilidad (*liability*) pero sin las cuales no se hubiera producido el daño.

- 9) Cuando el daño fuera causado por más de una actividad y pudiera razonablemente ser vinculado a cada una de ellas sin que fuese posible separarlas con certeza, la responsabilidad (*liability*) podría ser solidaria o se podría repartir equitativamente. Otra solución sería dejar que los Estados decidieran de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional.
- 10) Convendría completar la responsabilidad (*liability*) limitada mediante mecanismos de financiación complementaria. Tales fondos podrían constituirse mediante aportaciones de los beneficiarios principales de la actividad o de la misma categoría de explotadores o mediante fondos públicos asignados expresamente para ese fin.
- 11) El Estado, además de la obligación de asignar fondos, debería también asumir el cometido de elaborar regímenes adecuados específicamente destinados a resolver los problemas relacionados con los daños transfronterizos. Tales regímenes podrían versar sobre la protección de los ciudadanos contra el posible riesgo de daño transfronterizo; la prevención para que tal daño no se extendiera ni propagara a otros Estados a causa de actividades realizadas en su territorio; la adopción de planes de contingencia y otras medidas de preparación; y la puesta en marcha de las medidas de intervención necesarias una vez que se hubiera producido el daño.
- 12) El Estado debería velar asimismo por que existieran en su ordenamiento jurídico vías de recurso, de conformidad con la evolución de los estándares internacionales, para que las víctimas de daños transfronterizos pudiesen obtener una indemnización y reparación equitativas y rápidas.
- 13) La definición del daño que daba lugar a indemnización no estaba resuelta definitivamente. El daño causado a las personas y los bienes era generalmente indemnizable. El concepto de daño causado al medio ambiente o a los recursos naturales en el ámbito de la jurisdicción de un Estado o en zonas sujetas a su control también era bien aceptado. No obstante, la indemnización en estos casos estaba limitada a los gastos efectivamente realizados a causa de las medidas de prevención o intervención y de las medidas de rehabilitación adoptadas. Tales medidas debían ser razonables o autorizadas por el Estado, previstas en sus leyes o reglamentos o declaradas tales por un tribunal. Los gastos podrían considerarse razonables si fueran proporcionales a los resultados obtenidos u obtenibles de acuerdo con los conocimientos científicos y los medios técnicos disponibles. Cuando no fuera posible el restablecimiento efectivo del medio ambiente o los recursos naturales menoscabados en su estado anterior, se podrían reembolsar los gastos realizados para introducir elementos equivalentes.

- 14) Los daños causados al medio ambiente, en sí, que no ocasionaran, ni a particulares ni al Estado, ninguna pérdida directa de derechos patrimoniales o posesorios no deberían considerarse indemnizables a los efectos del presente tema. Del mismo modo, tampoco sería necesario incluir en la definición de daño indemnizable la pérdida de ganancias o de actividades turísticas debidas a daños causados al medio ambiente. No obstante, se podría dejar que los tribunales nacionales resolvieran sobre el fondo de tales reclamaciones en cada caso particular.

175. El Relator Especial señaló que estas recomendaciones, de estimarse generalmente aceptables, podrían servir de base a la elaboración de textos más precisos. También se había pedido a la Comisión que hiciera observaciones sobre la naturaleza del instrumento que sería conveniente adoptar y la forma de ejecutar finalmente su mandato. Con carácter preliminar, una posibilidad que sugería era la de redactar varios artículos para que fueran aprobados en forma de un protocolo a un proyecto de convención marco sobre el régimen de prevención.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

176. Se felicitó al Relator Especial por el informe tan completo que había presentado. Los comentarios y observaciones giraron en torno a la viabilidad del tema en su conjunto, así como a sus afinidades estructurales y teóricas en relación con otros campos del derecho internacional, como el de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados.

177. Los miembros de la Comisión continuaron expresando opiniones diferentes sobre la viabilidad del tema. Algunos miembros pidieron que no se volviera a poner en tela de juicio la viabilidad del tema en su conjunto. El Grupo de Trabajo de 2002 había examinado esta cuestión detenidamente y la Comisión había aprobado sus recomendaciones. Por otra parte, la Sexta Comisión había acogido favorablemente el examen del tema, considerándolo un lógico complemento de los proyectos de artículo sobre la prevención y del tema de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados. Se hizo observar, además, que como la Asamblea General, en el párrafo 3 de la parte dispositiva de la resolución 56/82, había pedido a la Comisión que reanudara su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad (*liability*) y que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18 del Estatuto de la Comisión, ésta debía dar prioridad a las peticiones de la Asamblea General, un debate sobre la viabilidad del proyecto estaba fuera de lugar.

178. Con todo, se sostuvo que el tema no era adecuado ni se prestaba fácilmente a la codificación y el desarrollo progresivo. Según esta opinión, no era probable que un planteamiento global produjera resultados constructivos. A este respecto, se hizo referencia a los párrafos 46 y 150 del informe del Relator Especial en los que se señalaba que de los tratados analizados se desprendía que no podía existir un modelo único de asignación de la pérdida y que las cuestiones jurídicas planteadas eran complejas y sólo podían resolverse en relación con el fondo de cada caso particular. Se observó que la Comisión, en su 48º período de sesiones (1996) y en su 49º

período de sesiones (1997), había reconocido ya que la tendencia a exigir indemnización no se fundaba en una teoría coherente de la responsabilidad (*liability*)¹⁶⁵ y había señalado que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros¹⁶⁶. Por otra parte, se señalaron las dificultades siguientes: a) que el tema objeto de examen no era en absoluto un tema de estudio puesto que las cuestiones sobre las que versaba integraban ya el conjunto de normas relativas a la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados; b) que las actividades de que se trataba eran difíciles de regular puesto que los diversos regímenes tenían en cuenta distintas particularidades hasta el punto de que sería difícil abordar el examen del tema de una manera general; c) que el tema, por su naturaleza, no interesaba al derecho internacional público; d) que no era un tema para ser examinado en la Comisión sino en órganos de negociación o de otro tipo que se ocupaban de la armonización; y e) que el tema no formaba parte del mandato de la Comisión. Además, no había acuerdo al respecto en la doctrina, la jurisprudencia ni la práctica.

179. En cambio, algunos miembros eran del parecer de que el tema, especialmente en lo concerniente a la asignación de la pérdida, no se prestaba a la codificación y el desarrollo progresivo. Expresaron la opinión de que la cuestión era importante teóricamente y en la práctica, y que era muy probable que en el futuro aumentara el número de casos. Observaron asimismo que algunas de las diversas críticas que había suscitado el tema, aunque se debían tener en cuenta en los trabajos de la Comisión, no impedían a ésta alcanzar un objetivo realizable. La Comisión podría elaborar unas normas generales de carácter supletorio que se aplicasen a todas las situaciones de daño transfronterizo que se produjeran a pesar de las mejores prácticas de prevención.

180. Por lo que respecta al marco teórico del tema, algunos miembros declararon que éste venía a llenar un vacío. Trataba de los supuestos en que, pese a haberse cumplido el deber de prevención para minimizar el riesgo, actividades peligrosas causaban un daño sensible. En la mayoría de los casos, tales actividades eran desempeñadas por explotadores privados, lo que planteaba la cuestión de la responsabilidad (*liability*) del explotador y del Estado que había autorizado la actividad. Tales actividades no eran ilícitas sino esenciales para el aumento del bienestar de la comunidad internacional, por lo que el sistema de asignación de la pérdida era una buena solución para lograr el equilibrio entre intereses encontrados.

181. Se hizo también hincapié en que había un vínculo entre prevención y asignación de la pérdida resultante de actividades peligrosas y que era ese vínculo lo que servía de fundamento a la cuestión de la indemnización. Por consiguiente, la labor de la Comisión sería sólo superficial si no se desarrollaban los elementos de esa relación, en particular la determinación de si la responsabilidad causal (*strict liability*) constituía o no el fundamento de la responsabilidad (*liability*) de un Estado por actividades de riesgo. Se observó asimismo que sería interesante llevar a cabo un estudio para determinar en qué medida las recientes catástrofes medioambientales eran el resultado de una violación del deber de prevención.

¹⁶⁵ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, anexo 1, párr. 32) del comentario del artículo 5.

¹⁶⁶ *Anuario...*, 1997, vol II (segunda parte), documento A/51/10, cap. VII, párr. 165.

182. Hubo quien, reconociendo que la labor de la Comisión sobre el tema seguía tropezando con numerosos problemas estructurales, expresó la opinión de que la Comisión tendría que lidiar con dos importantes cuestiones de principio. La primera era determinar con precisión los límites del tema y abordar los supuestos en que no existía responsabilidad (*responsibility*) según los principios generales del derecho internacional de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos pero se causaba un daño a víctimas inocentes; y la segunda, ocuparse de los diferentes costos sociales que, basándose en un análisis de los distintos regímenes, variaban de un sector a otro.

183. Con respecto a la primera cuestión, se expresó la opinión de que una referencia vaga a aspectos de principio exclusivamente, a saber que las normas de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados no serían ni debían ser puestas en tela de juicio, quizás no fuera suficiente para resolver las verdaderas cuestiones de duplicación. Se indicó que, en la práctica, el derecho de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados se aplicaba en gran medida a la materia objeto del presente tema. Era más idóneo y más flexible de lo que se creía para obtener reparación. A tenor de la resolución dictada en el asunto del *Estrecho de Corfú* (Fondo), incumbía a los Estados en determinadas circunstancias controlar las fuentes de daño en su territorio¹⁶⁷. Cada Estado estaba obligado a no permitir que se utilizase su territorio para realizar actos que sabía, o tenía la posibilidad de saber, que eran contrarios a los derechos de otros Estados, obligación que era aplicable también al medio ambiente. Se señaló además que era totalmente excepcional considerar que las obligaciones nacidas de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados se basaban en la culpa: en materia de responsabilidad (*responsibility*) de los Estados los tribunales aplicaban, por regla general, el principio de la "responsabilidad objetiva", que, en realidad, era un concepto muy próximo al de "responsabilidad causal" (*strict liability*), por lo menos tal como se entendía en el *common law*. En cambio, en derecho internacional general no existían principios sobre la responsabilidad (*liability*) de los Estados.

184. En cuanto a la segunda cuestión, concerniente a los costos sociales, se hizo hincapié en que era necesario que la Comisión tuviera en cuenta el efecto que un régimen general de indemnización podría producir sobre ciertas actividades benéficas, alentándolas o desalentándolas. Un modelo, que casaba mejor con las necesidades específicas de cada sector, era el régimen sectorial. Se sugirió que se investigaran soluciones inspiradas en regímenes como el de la conservación de las pesquerías u otros regímenes análogos, incluida la posibilidad de exenciones negociadas o supervisadas institucionalmente.

185. También se hicieron observaciones sobre los términos empleados y las diversas cuestiones planteadas por el Relator Especial en su informe.

186. Refiriéndose a la terminología utilizada, algunos miembros señalaron que el título del informe, "Régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas", era equívoco. No obstante, se expresó la opinión de que el empleo de "modelo" o "régimen jurídico" podía ser un reflejo de la propia

¹⁶⁷ *I.C.J., Reports 1949*, pág. 1, en la página 22.

incertidumbre de la Comisión acerca de la naturaleza del resultado final, y el empleo de esos términos debía ser percibido como una posible alternativa a un proyecto de convención. Algunos miembros hicieron también observaciones sobre la idoneidad de la expresión "víctima inocente", especialmente en relación con el supuesto de daños ambientales. Hubo quien se opuso, en principio, el empleo de la expresión "víctima inocente".

187. Se afirmó que los términos "asignación de la pérdida" o "pérdida" no eran adecuados y que se podría volver, en su lugar, a términos más conocidos como los de "daño" e "indemnización". Se sugirió además que sería más exacto referirse al régimen de la "asignación de la pérdida" con al expresión "asignación de daños y perjuicios". El empleo de la expresión "responsabilidad civil" (*civil liability*) también fue puesta en tela de juicio por algunos miembros, quienes señalaron que en algunas jurisdicciones que distinguían entre derecho civil y derecho administrativo el concepto de responsabilidad (*liability*) se había desarrollado considerablemente, no sólo en el contexto de la "responsabilidad civil" (*civil liability*), sino también en relación con la "responsabilidad administrativa" (*administrative liability*), atendiendo al principio de que toda carga pública debía distribuirse por igual entre todos los ciudadanos.

188. Por lo que respecta al alcance general del tema, se reiteró el apoyo a las recomendaciones del Grupo de Trabajo de 2002. Algunos miembros opinaron que la inclusión de los "espacios públicos internacionales" equivalía a modificar la orientación del tema y constituía una desviación del ámbito aprobado del tema. Otros miembros consideraron que era un campo que merecía ser objeto de estudio, y algunos sugirieron que se incluyera la protección de los espacios públicos internacionales en el programa a largo plazo de la Comisión. La inclusión del patrimonio del Estado y el patrimonio nacional en el ámbito de la pérdida causada a las personas y a los bienes también fue acogida positivamente.

189. En lo concerniente al umbral de responsabilidad, hubo amplio apoyo al mantenimiento del mismo umbral de "daño sensible" establecido en los proyectos de artículo sobre la prevención. No obstante, algunos miembros expresaron su preferencia, a efectos de la indemnización, por un umbral más bajo, como el de "daño apreciable".

190. Aunque las cuestiones concernientes al daño causado por las empresas transnacionales en el territorio del país receptor, y su responsabilidad, eran de importancia fundamental, algunos miembros se mostraron renuentes a que se examinaran tales cuestiones en el contexto de este tema, o en todo caso por la Comisión. Por otra parte, se observó que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, como las relativas a la jurisdicción competente, en particular el examen de asuntos como el *Ok Tedi*¹⁶⁸ y el litigio sobre la catástrofe de Bhopal de 1984 quedaban fuera del ámbito general del tema.

191. Sin embargo, se expresó la opinión de que el Relator Especial tendría que haber analizado más a fondo esos distintos asuntos para poner claramente de manifiesto la naturaleza exacta de los problemas planteados. Se subrayó que poner el acento en los planteamientos tradicionales de

¹⁶⁸ *Dagi and Others v. Broken Hill Property Co. Ltd.*, 1997, 1 Victoria Rep. 428.

la responsabilidad civil no debía servir de pretexto para no ocuparse de las cuestiones relativas al daño al medio ambiente.

192. En cuanto a los distintos regímenes analizados por el Relator Especial en su informe, algunos miembros de la Comisión observaron que la muestra de leyes nacionales e instrumentos regionales y otros instrumentos examinados podría haber sido más amplia, y que sería interesante una recopilación separada de todos los instrumentos y el estudio de otros nuevos¹⁶⁹. Entre otros instrumentos recientemente celebrados se mencionó el Protocolo de Kiev sobre la responsabilidad civil y la indemnización en caso de daños causados por los efectos transfronterizos de accidentes industriales en las aguas transfronterizas¹⁷⁰.

b) Observaciones sobre las conclusiones y propuestas del Relator Especial

193. Los miembros también hicieron observaciones sobre las propuestas concretas que había hecho el Relator Especial en su informe (párr. 174, apartados a), b) y c) e incisos 1) a 14), *supra*). Hubo amplio apoyo a la idea de un régimen de carácter supletorio y general. Se expresó la opinión de que las normas sobre la asignación de la pérdida no debían reemplazar regímenes existentes, desalentar la elaboración de otros nuevos ni tratar de brindar nuevos regímenes globales y detallados de gran alcance para que abarcasen todos los supuestos posibles.

194. Por otra parte, se estimó razonable prever un régimen global que abarcara todos los aspectos de la asignación de la pérdida. Por esa razón, la asignación de la pérdida debería estudiarse de manera integral para tomar en consideración los ordenamientos jurídicos internos.

195. Algunos miembros formularon observaciones provisionales. Se señaló que, habida cuenta de las discrepancias acerca de la viabilidad del tema, era prematuro hacer propuestas definitivas. Se señaló asimismo que era difícil hacer observaciones sin saber si el producto final previsto sería un modelo de asignación de la pérdida para un régimen convencional, la legislación nacional o un simple conjunto de recomendaciones o directrices. Por otra parte, se hizo observar que había solución de continuidad entre la descripción de los regímenes existentes en la parte II del informe del Relator Especial y las propuestas de la parte III, lo que denotaba que no se había logrado ofrecer una perspectiva desde la cual la Comisión pudiera examinar la cuestión.

¹⁶⁹ Se mencionó el régimen de responsabilidad (*liability*) de la aviación civil establecido en el "sistema de Varsovia".

¹⁷⁰ Naciones Unidas, Comisión Económica para Europa, documento MP.WAT/2003/1-CP.TEIA/2003/3, de 11 de marzo de 2003. Se trata de un Protocolo a la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992 (31 *I.L.M.*, 1992, 1312) y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (31 *I.L.M.*, 1992, 1333). Véase también el Protocolo por el que se constituye un Fondo Complementario de Indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, de 2003, que viene a constituir un "tercer nivel" de indemnización, LEG/CONF.14/20.

También se expresó el punto de vista de que algunas de las propuestas (párr. 174, apartado c), incisos 10) a 14) *supra*) sólo confirmaban que el tema no era idóneo para la codificación.

196. Algunos miembros expresaron su apoyo a la tendencia general de las propuestas, que eran realistas y constituían una guía de los problemas y cuestiones que había que examinar. Se señaló que algunas propuestas, en particular las de los incisos 7) a 12) (párr. 174, apartado c), incisos 7) a 14) *supra*), se presentaban resumidas y era necesario analizar algunos de sus aspectos en el ámbito de un grupo de trabajo.

1) La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de otros regímenes de responsabilidad civil (párr. 174, apartado c), inciso 1) *supra*)

197. Varios miembros expresaron su apoyo a esta propuesta. Dentro de los límites financieros impuestos por los distintos regímenes, era razonable no excluir la posibilidad de obtener una mayor reparación y la aplicación ininterrumpida del principio "quien contamina paga" en virtud del derecho interno.

198. Se sugirió que no sería necesario agotar primero los mecanismos internos antes de recurrir a los mecanismos internacionales. Además, podía preverse la intervención de una multiplicidad de mecanismos y jurisdicciones internos, especialmente en el Estado de origen y en el Estado del perjuicio. A este respecto, se expresó apoyo al principio enunciado en el asunto *Handelskwekerij G. J. Bier c. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*¹⁷¹. También se mencionó el Protocolo de Kiev de 2003 como instrumento que ofrecía la posibilidad de búsqueda del foro más favorable (*forum shopping*).

199. En lo referente a la propuesta del Relator Especial de que no era necesario que el modelo de asignación de la pérdida se basara en un régimen de responsabilidad (*liability*) determinado, como los de responsabilidad causal (*strict liability*) o de responsabilidad por culpa o negligencia (*fault liability*), se expresó preferencia por la responsabilidad causal. Se señaló asimismo que la sugerencia no facilitaba en absoluto el examen del tema. Por lo general, en los casos de responsabilidad causal la responsabilidad (*liability*) era limitada. En consecuencia, aunque se dejara a un lado la cuestión de la responsabilidad causal o la responsabilidad por culpa o negligencia, se plantearía la del fundamento de la responsabilidad (*liability*) subsidiaria del Estado, así como la cuestión de si, en tales supuestos, la indemnización sería íntegra o limitada.

¹⁷¹ 21/76, II E.C.R., 1976, 1735. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó las palabras "ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso" del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el sentido de la elección del foro entre el Estado donde se produjeron los daños y el Estado donde se realizó la actividad nociva; y la elección del foro correspondía al demandante, a quien el Convenio trataba de proteger.

2) La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de las reclamaciones presentadas conforme al derecho internacional (párr. 174, apartado c), inciso 2) *supra*)

200. La Comisión expresó su apoyo a esta propuesta. Se hizo hincapié en que había que velar especialmente por no poner en peligro la labor sobre la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados. Una declaración en tal sentido no sería suficiente a este respecto. No estaba claro si se aplicaría o no la regla del agotamiento de los recursos internos en caso de que se presentara una reclamación en materia de responsabilidad (*responsibility*) de los Estados: si el régimen de las demandas de responsabilidad civil ante los tribunales internos reemplazaría esa regla o reforzaría su alcance. No resultaba evidente si la existencia en un ordenamiento jurídico interno de vías de recurso en materia de responsabilidad civil reuniría las condiciones necesarias para constituir "otro medio de solución disponible" en el sentido en que se empleaban estos términos en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

3) El alcance del tema debería ser el mismo que el de los proyectos de artículo sobre la prevención (párr. 174, apartado c), inciso 3) *supra*)

201. Esta propuesta recibió apoyo. Confería a la Comisión cierto margen de maniobra para el momento en que decidiera definitivamente la forma del producto final. Algunos miembros deploraron que se excluyera del alcance del tema los daños causados al medio ambiente en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. Se reiteró también que la Comisión no debía ocuparse, al menos por ahora, de los espacios públicos internacionales, puesto que tenían características propias.

202. Se hizo observar que, en determinados supuestos, el daño causado dentro del territorio del Estado de origen no sería menos sensible que el daño ocasionado en un contexto transfronterizo. En un régimen global, teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato de las personas, ese daño no debía ser pasado por alto. El artículo XI de la Convención de Viena sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, de 1997, a la que era posible acogerse en caso de daños nucleares sufridos dentro o fuera del Estado de la instalación, fue citado como ejemplo.

4) Aplicación del mismo umbral de "daño sensible" que en los proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo (párr. 174, apartado c), inciso 4) *supra*)

203. El mantenimiento del mismo umbral de "daño sensible" que en los proyectos de artículo sobre la prevención obtuvo amplio apoyo. No obstante, algunos miembros expresaron su preferencia, a efectos de la indemnización, por un umbral más bajo como el de "daño apreciable". Se sugirió que, en el contexto de la responsabilidad (*liability*), se podría sustituir la expresión "*significant harm*" por "*significant damage*". Se hizo hincapié en la importancia de lograr un acuerdo sobre el sentido de "daño sensible" que fuera comprensible en todos los sistemas jurídicos.

5) La excepción de la responsabilidad (*liability*) de los Estados como base de un modelo de responsabilidad (*liability*) (párr. 174, apartado c), inciso 5) *supra*)

204. Esta propuesta obtuvo apoyo. No obstante, se señaló que en los modelos de responsabilidad (*liability*) y los regímenes de indemnización el Estado desempeñaba una función destacada, bien directamente al soportar la pérdida no cubierta por el explotador, o bien indirectamente mediante la adopción de disposiciones sobre la asignación de la pérdida. Se señaló asimismo que la idea de una responsabilidad (*liability*) subsidiaria de los Estados también había obtenido apoyo en la Sexta Comisión y se recogía en varios instrumentos, entre ellos el Convenio de Lugano, el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960 (en su forma enmendada en 1964 y 1982)¹⁷², y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental¹⁷³. Se sugirió, además, que valía la pena analizar si, y hasta qué punto, los planteamientos adoptados en la marco del régimen de responsabilidad (*liability*) de las actividades espaciales podían influir en otros modelos de responsabilidad (*liability*) o, al contrario, en qué medida ese régimen podía resultar modificado en el futuro por acomodación a otros modelos, habida cuenta de la participación de explotadores no estatales en las actividades espaciales.

6) La responsabilidad (*liability*) de la persona que ejerza la dirección y el control (párr. 174, apartado c), inciso 6) *supra*)

205. Se señaló que el término "explotador" no era un término técnico. En la Convenio de Lugano de 1993 ese término se utilizaba para designar la persona que ejercía el control de la actividad y en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales el término se aplicaba a toda persona que dirigía el desempeño de una actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma o la persona que registraba o notificaba tal actividad. Se sugirió que el término "explotador" podría utilizarse para designar a la persona que ejercía "la dirección y el control". Se sugirió además que el explotador de la actividad debía ser principalmente responsable (*liable*) puesto que era la persona que desempeñaba una actividad y la tenía a su cargo prácticamente todo el tiempo. Se señaló que la expresión "dirección y control" podía dar pie a interpretaciones diferentes.

206. Por otra parte, se observó que esta propuesta debía examinarse desde el punto de vista de la necesidad de garantizar los bienes en caso de pérdida. Por ese motivo fundamentalmente el propietario del buque y no el fletador era tenido por responsable (*liable*), a tenor de los convenios pertinentes, del daño causado por un buque. El propietario de un bien como un buque podía asegurar ese bien contra todo riesgo y fácilmente trasladar el costo a terceros.

¹⁷² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 956, pág. 288; UKTS, 1968, 69; UKTS, 1989, 6.

¹⁷³ Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, Bruselas, 23 de enero de 2002, COM (2002) 17 final - 2002/0021 (COD).

7) El criterio del carácter razonable como base de la prueba del nexo causal (párr. 174, apartado c), inciso 7) *supra*)

207. Se apoyó el criterio del carácter razonable puesto que era difícil probar un nexo causal en actividades que incluían un elemento de riesgo. Sin embargo, algunos miembros pusieron en duda que existiera una verdadera distinción entre "causalidad" y "carácter razonable". Según esta opinión, la "causalidad" era el criterio del carácter razonable. Otros miembros manifestaron su preferencia por "causa próxima". Se señaló también que el criterio del carácter razonable no obviaba la necesidad de examinar y determinar la norma de la prueba aplicable al nexo causal.

8) Excepciones al principio de responsabilidad (*liability*) limitada (párr. 174, apartado c), inciso 8) *supra*)

208. Se sugirió que el supuesto en que el daño tuviera más de una fuente podía constituir una excepción al principio de responsabilidad (*liability*) limitada. Se señaló también que era necesario además prever cláusulas de salvaguardia para los daños resultantes de conflicto armado, fuerza mayor o culpa o negligencia de la persona lesionada o de un tercero.

9) Responsabilidad (*liability*) solidaria (párr. 174, apartado c), inciso 9) *supra*)

209. Varios miembros convinieron en la necesidad de que la responsabilidad (*liability*) fuera solidaria en los casos en que el daño fuera causado por más de una actividad. No obstante, se puso en tela de juicio que un "reparto equitativo" constituyera una buena base de responsabilidad (*liability*) en los supuestos en los que resultase difícil establecer un nexo entre el daño y una actividad determinada y que, en la práctica, se determinara objetivamente. Convendría en vez de ello dejar que los Estados negociaran de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional. Por otra parte, se propuso que el principio del reparto equitativo se estableciera con carácter general y se dejara que los Estados o las partes interesadas se pusieran de acuerdo sobre las medidas de aplicación. Se sugirió asimismo que se suprimiera la referencia a "de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional" para dar otras posibilidades a los Estados, como la negociación, el arbitraje u otros medios de solución.

10) Responsabilidad (*liability*) limitada completada mediante mecanismos de financiación complementaria (párr. 174, apartado c), inciso 10) *supra*).

210. Algunos miembros destacaron que además de límites mínimos habría que fijar límites máximos para los seguros y los mecanismos de financiación adicional.

211. Se manifestó la opinión de que la pérdida se distribuyera entre los diferentes interesados, incluido tanto el explotador como aquellos que autorizaron o gestionaron la actividad o se beneficiaron de ella. Un Estado que actuara como explotador también sería responsable en tal calidad. En el caso excepcional en que no pudiera identificarse al explotador, o que éste no pudiera efectuar el pago en su totalidad o fuera insolvente, se sugirió que el Estado de origen podría asumir la responsabilidad (*liability*) subsidiaria. En consecuencia, el Estado interesado debería hacer obligatorio el seguro o tener derecho a recibir la notificación del riesgo y a pedir que se asegurara esa actividad. Se sugirió asimismo que un Estado debería ser tenido por

responsable (*liable*) solamente si tenía obligación de vigilar la actividad. También se sugirió que era necesario dirigirse a los Estados independientemente de su participación en una determinada actividad y se consideraba que el artículo IV de la Convención de Viena sobre indemnización suplementaria por daños nucleares constituía un precedente útil a este respecto.

212. Considerando que el importe por el que el explotador sería responsable (*liable*) probablemente resultaría insuficiente, se sugirió que la responsabilidad (*liability*), fuera o no limitada, debería estar complementada siempre con mecanismos de financiación adicional. Se consideraba un ejemplo el artículo 11 del Protocolo de Kiev.

213. Sin embargo, se expresó la opinión de que no siempre era correcta la presunción de que la responsabilidad (*liability*) limitada era en todos los casos insuficiente para pagar la indemnización. Dependía mucho del tipo de actividad y de las economías afectadas.

214. Se apoyó la recomendación de que el Estado se encargara de establecer sistemas adecuados, señalando que esto era compatible con el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano¹⁷⁴, así como con el principio 13 de la Declaración de Río¹⁷⁵, que fue confirmado en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible¹⁷⁶.

215. Se sostuvo que la función del Estado en esta cuestión se derivaba de su obligación de que las actividades realizadas dentro del ámbito de su jurisdicción o bajo su control no causaran daños ambientales transfronterizos. El principio de prevención se puso de manifiesto en el arbitraje de la *Fundición de Trail*¹⁷⁷, reiterado en el principio 2 de la Declaración de Río y confirmado en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*¹⁷⁸. También se señaló que ese argumento estaba implícito en el principio de la solidaridad colectiva. Asimismo se sugirió que el deber de los Estados de tomar medidas de prevención también podía contribuir al respeto de los proyectos de artículo sobre la prevención.

¹⁷⁴ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.73.II.A.14).

¹⁷⁵ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I.

¹⁷⁶ A/CONF.1999/20, resolución 2 de 2 de septiembre de 2002, anexo.

¹⁷⁷ 33 A.J.I.L. 1939, 182 y 35 A.J.I.L. 1941, 684.

¹⁷⁸ I.C.J., *Reports* 1996, 226, en el párrafo 29.

11) Otras obligaciones de los Estados, incluida la disponibilidad de vías de recurso (párr. 174, apartado c), incisos 11) y 12) *supra*)

216. Se señaló que los mecanismos de solución de controversias tales como el arbitraje, incluidas las cuestiones relativas a la ley aplicable, no deberían excluirse del alcance general del tema. A este respecto se hizo referencia al artículo 14 del Protocolo de Kiev, que preveía el arbitraje de conformidad con el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales o al medio ambiente para el caso de controversias entre personas que reclamaran una indemnización por daños y perjuicios y las personas responsables en virtud del Protocolo.

217. Se propuso que para seguir desarrollando las recomendaciones el Relator Especial tuviera en cuenta los artículos 21 (Naturaleza y cuantía de la indemnización u otra forma de reparación) y 22 (Factores para las negociaciones) aprobados por el Grupo de Trabajo de 1996¹⁷⁹.

218. También se expresó apoyo a la propuesta de que el Estado garantizara la disponibilidad de vías de recurso en el ordenamiento jurídico y se señaló que ese derecho debería estar garantizado.

12) Daños al medio ambiente, el medio ambiente en sí y pérdida de ganancias o de actividades turísticas (párr. 174, apartado c), incisos 13) y 14) *supra*)

219. La propuesta que los daños al medio ambiente en sí no se considerasen indemnizables a los efectos del tema obtuvo cierto apoyo. A este respecto se señaló que había que distinguir entre los daños al medio ambiente, que podían cuantificarse, y los daños al medio ambiente en sí, que no era posible cuantificar pecuniariamente. Se señaló que en algunos regímenes de responsabilidad (*liability*), como el Convenio de Lugano¹⁸⁰ y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, los daños al medio ambiente¹⁸¹ o a los recursos naturales serían indemnizables directamente. Los trabajos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas también se consideraron útiles en esta

¹⁷⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10), anexo I.*

¹⁸⁰ La indemnización por el menoscabo en ese caso, distinto de la pérdida de ganancias como consecuencia de dicho menoscabo, se limita al costo de las medidas de restauración efectivamente adoptadas o que hayan de adoptarse.

¹⁸⁰ Resoluciones 687 (1991) y 692 (1991) del Consejo de Seguridad. Véase el Informe del Secretario General, S/22559, de 2 de mayo de 1991.

¹⁸¹ Conforme a la propuesta de directiva, los daños al medio ambiente han de definirse en el contexto de la propuesta por referencia a la biodiversidad protegida a nivel de la Comunidad y a nivel de los países, las aguas a las que se aplica la Directiva marco sobre las aguas y la salud humana cuando la fuente de la amenaza a la salud humana sea la contaminación del suelo.

esfera¹⁸². Una cuestión distinta era si, en vista de la interconexión mundial, había que examinar la posibilidad de incluir los daños causados al medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional.

220. En cuanto a la pérdida de actividades turísticas como tales o la pérdida de ganancias, se señaló que aunque pudiera no haber una relación causal clara con los derechos patrimoniales o posesorios, en ciertos casos los daños serían catastróficos para las economías de los Estados. Algunos miembros hicieron referencia al inciso iii) del apartado d) del artículo 2 del Protocolo de Kiev que daba una definición del "daño" que cubría también la pérdida de ingresos resultante del menoscabo de un interés jurídicamente protegido en cualquier uso de las aguas transfronterizas con fines económicos, incurrida como resultado del deterioro de las aguas transfronterizas, teniendo en cuenta las economías y los gastos.

221. Se señaló que el informe no ofrecía ninguna base fundamentada para la conclusión a que se llegaba de que probablemente no sería indemnizada la pérdida de ganancias y actividades turísticas como consecuencia de daños al medio ambiente, y debía ser excluida del tema. También se puso en duda que esa pérdida tuviera una relación directa con los daños al medio ambiente en sí.

13) Forma del instrumento

222. Se manifestó apoyo a la sugerencia del Relator Especial de que la labor de la Comisión sobre la responsabilidad (*liability*) revistiera la forma de un proyecto de protocolo. Algunos miembros eran partidarios de un convenio, con cláusulas para la solución de controversias entre los Estados. Otros miembros afirmaron que los aspectos relativos a la responsabilidad (*liability*) se debían tratar en pie de igualdad con los proyectos de artículo sobre la prevención. Así, se prefería un convenio, y no un protocolo, con una parte sobre la prevención y otra en que se enunciaran los principios generales de la responsabilidad (*liability*).

223. Algunos miembros eran partidarios de elaborar recomendaciones, directrices o normas generales sobre responsabilidad (*liability*). Además, se consideró que el resultado podría ser una declaración de principios centrada en el deber de los Estados de proteger a las víctimas inocentes. También se sugirió la posibilidad de preparar cláusulas tipo, con las opciones que conviniera.

224. Otros miembros observaron que sería prematuro decidir sobre la naturaleza del instrumento. Esa decisión debería salir de la continuación de los trabajos de la Comisión, observando que era muy posible que en última instancia fuera conveniente un conjunto de normas no vinculantes ("*soft law*").

¹⁸² Resoluciones 687 (1991) y 692 (1991) del Consejo de Seguridad. Véase el Informe del Secretario General, S/22559, de 2 de mayo de 1991.

3. Conclusiones del Relator Especial

225. En respuesta a alguno de los comentarios y observaciones formulados, el Relator Especial describió los esfuerzos que anteriormente había hecho la Comisión para tratar las cuestiones teóricas, particularmente definir el tema para distinguirlo de otros temas relativos a la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados y el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, los efectos que el derecho ambiental internacional tenía sobre los debates y cómo se consideraba en última instancia más viable un enfoque pragmático y paso a paso. También señaló que se había examinado la cuestión de los espacios públicos internacionales y se había dejado de lado para que el examen del tema fuera más manejable¹⁸³, y que la cuestión podría volverse a examinar una vez que la Comisión hubiera finalizado el modelo de asignación de la pérdida.

226. Recordó los debates en el Grupo de Trabajo de 2002 y las instrucciones que se le habían dado para que elaborara un modelo de asignación de la pérdida sin vincularlo a ninguna base jurídica particular y que ese modelo se elaborara tras examinar los diversos modelos existentes. En consecuencia, el informe se centraba en los resultados y evitaba insistir en el proceso de negociaciones de tales instrumentos o en la actitud de los Estados respecto de los diferentes regímenes ya durante el proceso de la negociación o después de la conclusión de ésta.

227. La terminología utilizada en su informe era el resultado de un esfuerzo para conceptualizar el tema dentro de límites razonables y de evitar cualquier acusación de vinculación con otros temas. La "responsabilidad (*liability*) internacional", contrastaba con la "responsabilidad (*responsibility*) de los Estados"; la expresión "asignación de la pérdida" tenía por objeto superar las connotaciones jurídicas asociadas al término "reparación" en relación con la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados o al término "indemnización" en relación con la responsabilidad civil.

228. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad (*liability*) del explotador, el Relator Especial señaló que la base jurídica de esa responsabilidad no era evidente. Aunque la responsabilidad causal (*strict liability*) era una noción reconocida en los ordenamientos jurídicos nacionales, no podía afirmarse que fuera aceptada o comprendida como principio deseable en el contexto de los daños transfronterizos y por eso debía abordarse con cuidado. Además, era difícil establecer un régimen jurídico general en el que se conciliaran diferentes elementos de un régimen de responsabilidad civil. Ese ejercicio llevaría mucho tiempo y haría intervenir muchas jurisdicciones y diferentes ordenamientos jurídicos.

229. Reconoció que se habían suscitado diversas cuestiones pertinentes sobre la relación entre las reclamaciones relativas a la responsabilidad civil del explotador y las posibles reclamaciones contra el Estado. Sin embargo, esas cuestiones sólo serían pertinentes si la finalidad perseguida fuera atribuir parte de la pérdida al Estado como consecuencia de su responsabilidad (*liability*) por los daños causados; y no si la asignación de la pérdida al Estado diera lugar a una obligación

¹⁸³ Véase, por ejemplo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párrs. 443 a 448.

del Estado de consignar a nivel interno, por razón de un deber social, fondos destinados expresamente a compensar una parte de la pérdida sufrida por la víctima inocente que de otro modo no sería cubierta en el marco de la responsabilidad (*liability*) del explotador.

230. Un enfoque de la indemnización basado en varios niveles era un sistema bien arraigado en los distintos regímenes y fue considerado apropiado por el Grupo de Trabajo de 2002¹⁸⁴. Señaló que nunca podría insistirse demasiado en la justificación social ni en la equidad de hacer intervenir al Estado en un nivel subsidiario en cualquier sistema de asignación de la pérdida, particularmente cuando la responsabilidad (*liability*) del explotador era limitada o cuando no era posible localizar o identificar a éste. Aunque el mandato de la Comisión era tratar la cuestión de los daños transfronterizos, cualquier modelo que se propusiera podría servir para otorgar una reparación similar a las víctimas inocentes incluso en el ámbito de la jurisdicción del Estado de origen. Convendría reflexionar más sobre la mejor manera de lograrlo.

231. Señaló que era necesario seguir trabajando y reflexionando sobre las diversas cuestiones planteadas y, de ser posible, elaborar como parte del siguiente informe proposiciones concretas.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, párrs. 449 a 456.

Capítulo VII

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A. Introducción

232. En el informe sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea General que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados¹⁸⁵.

233. La Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado "Actos unilaterales de los Estados" e indicara su alcance y contenido.

234. En su 49º período de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y factibilidad del estudio del tema, su posible alcance y contenido y un esquema para el estudio del tema. Además, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo¹⁸⁶.

235. También en su 49º período de sesiones la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño¹⁸⁷.

236. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

237. En su 50º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema¹⁸⁸. De resultados del debate, la Comisión decidió constituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

238. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición de los actos unilaterales y la futura labor del Relator Especial.

¹⁸⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, págs. 249 y 250 y 357 a 359.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/52/10)*, párrs. 196 a 210, y 194.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, párrs. 212 y 234.

¹⁸⁸ A/CN.4/486.

En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo¹⁸⁹.

239. En su 51º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe del Relator Especial sobre el tema¹⁹⁰. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

240. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de las cuestiones relacionadas con: a) los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida del trabajo ulterior sobre el tema, así como de la reunión de los elementos de la práctica pertinente de los Estados; b) el establecimiento de directrices generales para la reunión de la práctica de los Estados, y c) la dirección en que había de desarrollarse la labor futura del Relator Especial. En relación con el punto b), el Grupo de Trabajo estableció las directrices para un cuestionario que la Secretaría había de enviar a los Estados, en consulta con el Relator Especial, para pedirles materiales e información sobre su práctica en la esfera de los actos unilaterales, así como su parecer respecto de determinados aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema.

241. En su 52º período de sesiones, en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema¹⁹¹, junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados¹⁹² al cuestionario sobre este tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. En su 2633ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2000, la Comisión decidió remitir los proyectos revisados de los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción y el proyecto revisado del artículo 5 al Grupo de Trabajo sobre el tema.

242. En su 53º período de sesiones, en 2001, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial y estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta¹⁹³. Por recomendación del Grupo de Trabajo, la Comisión pidió que la Secretaría distribuyera a los gobiernos un cuestionario en que los invitara a dar más información acerca de su práctica en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales.

243. En su 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial¹⁹⁴, y el texto de las respuestas recibidas de los Estados al cuestionario sobre el tema

¹⁸⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10), párrs. 192 a 201.*

¹⁹⁰ A/CN.4/500 y Add.1.

¹⁹¹ A/CN.4/505.

¹⁹² A/CN.4/500 y Add.1.

¹⁹³ A/CN.4/519.

¹⁹⁴ A/CN.4/525 y Add.1, Corr.1, Corr.2 (en árabe e inglés solamente) y Add.2.

distribuido el 31 de agosto de 2001¹⁹⁵. La Comisión estableció también un Grupo de Trabajo de composición abierta.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

244. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/534). La Comisión examinó el sexto informe en sus sesiones 2770^a, 2771^a, 2772^a, 2773^a y 2774^a, celebradas del 7 al 11 de julio de 2003, respectivamente.

245. En su 2771^a sesión, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre los actos unilaterales de los Estados presidido por el Sr. Alain Pellet. El Grupo de Trabajo celebró seis sesiones (véase *infra*, sec. C).

1. Presentación por el Relator Especial de su sexto informe

246. El Relator Especial indicó que el sexto informe se centraba de manera muy preliminar y general en un tipo de acto unilateral como el reconocimiento, con especial énfasis en el reconocimiento de Estados, atendiendo la sugerencia de algunos miembros de la Comisión y algunos representantes en la Sexta Comisión.

247. Definir la naturaleza del acto jurídico unilateral en sentido estricto no era tarea fácil, pero esto no significaba que tales actos no existiesen. Era indudable, como señaló la Corte Internacional de Justicia en las decisiones dictadas en los asuntos de los *Ensayos nucleares*, que las declaraciones que revestían la forma de actos unilaterales podían tener por efecto crear obligaciones jurídicas.

248. El Relator Especial recordó que la Comisión señaló en 1997 que era posible una labor de codificación y de desarrollo progresivo y que el tema ya estaba maduro para ello.

249. Si bien las opiniones de los gobiernos habían sido pocas, habían resultado fundamentales para el estudio del tema. La falta de consideración adecuada de la práctica fue uno de los obstáculos más importantes encontrados por el Relator Especial.

250. Los actos unilaterales eran frecuentes, pero no era fácil determinar, sin conocer la opinión de los Estados, cuál era la naturaleza del acto formulado ni si el Estado que lo formulaba tenía la intención de obligarse jurídicamente y si consideraba que el acto le era oponible, o bien si se trataba de una simple manifestación de índole política, fruto de la práctica diplomática.

251. Por el momento no era fácil de determinar la forma definitiva que podría revestir la labor de la Comisión sobre el tema. El Relator Especial indicó que si no era posible elaborar normas generales o particulares sobre ese tipo de actos, se podría considerar la posibilidad de enunciar algunas directrices, basadas en principios generales, que permitiesen a los Estados actuar y desarrollar una práctica para hacer más adelante, sobre la base de esa misma práctica, un

¹⁹⁵ A/CN.4/524.

verdadero ejercicio de codificación y de desarrollo progresivo. Independientemente de la forma final del proyecto, parecería posible a juicio del Relator Especial establecer algunas normas aplicables a los actos unilaterales en general.

252. En primer lugar, el acto unilateral en general y el acto de reconocimiento en particular debían ser formulado por personas habilitadas para actuar en el plano internacional y obligaba al Estado al que éstas representaban. Además, el acto debía ser expresado libremente, lo cual imponía determinadas condiciones de validez.

253. La obligatoriedad del acto se podría basar en un principio específico, *acta sunt servanda*, inspirado en la norma *pacta sunt servanda* que regía el derecho de los tratados. Podría también considerarse como un principio general que un acto unilateral obligaba al Estado desde el momento de su formulación o el momento especificado en la misma declaración de manifestación de la voluntad. El acto sería, en consecuencia, oponible a partir de ese momento. Igualmente, la modificación, suspensión o revocación del acto no podía ser realizada de forma unilateral por el autor. Por último, la interpretación de los actos unilaterales debía basarse en un criterio restrictivo.

254. El objeto del sexto informe era poner la definición y el examen de un acto material determinado, el reconocimiento, en consonancia con los trabajos de la Comisión sobre el acto unilateral en general.

255. El capítulo I trataba del reconocimiento en sus diversas formas, para concluir con un intento de definición que se podría ajustar con el proyecto de definición del acto unilateral en general. El Relator Especial había tratado de mostrar que el proyecto de definición considerado por la Comisión podía abarcar una categoría de actos específicos, como el acto de reconocimiento. Era importante determinar si se trataba de un acto unilateral en el sentido de una manifestación unilateral de voluntad formulada con la intención de producir efectos jurídicos.

256. El Relator Especial indicó que la institución del reconocimiento no era siempre coincidente con el acto unilateral de reconocimiento. Un Estado podía reconocer una situación o una pretensión jurídica mediante una diversidad de actos o comportamientos. A juicio del Relator Especial, el reconocimiento implícito, que sin duda alguna surtía efectos jurídicos, debía ser excluido del estudio del acto que se trataba de definir.

257. El silencio, que había sido interpretado como un reconocimiento, en particular en los asuntos del *Templo Preah Vihear* o del *Derecho de paso por el territorio indio*, aunque produjese efectos jurídicos, debía dejarse de lado también al examinar el tema de los actos unilaterales en sentido estricto.

258. El reconocimiento de origen convencional, los actos de reconocimiento expresados mediante una resolución de las Naciones Unidas y los actos dimanantes de organizaciones internacionales debían eliminarse también del ámbito del estudio.

259. En el capítulo I, el Relator Especial planteaba algunas cuestiones fundamentales para la adopción de un proyecto de definición del acto unilateral de reconocimiento, en particular con respecto a los criterios de formulación del acto y su carácter discrecional.

260. No existían criterios que rigieran la formulación de un acto de reconocimiento. El reconocimiento de Estados, el reconocimiento de un estado de beligerancia, de insurgencia o de la neutralidad tampoco parecían estar sujetos a criterios determinados, lo que parecía aplicable también a las situaciones de carácter territorial.

261. El Relator Especial se había referido al no reconocimiento. Un Estado, en efecto, podía tener prohibido reconocer determinadas situaciones de hecho o de derecho, pero no estaba obligado a actuar y a formular ese no reconocimiento.

262. En el informe se abordaba también de forma general la posibilidad de que el acto de reconocimiento, además de ser declarativo, estuviera condicionado, aunque ello pudiera aparecer contradictorio con su carácter unilateral.

263. La intención del Estado autor era un elemento importante, ya que el carácter jurídico del acto se basaba en la manifestación de la intención de reconocer y en la creación de una expectativa.

264. El Relator Especial consideraba que la forma del acto de reconocimiento, que podía ser formulado por escrito u oralmente, era en sí misma sin importancia. Había que atenerse al acto de reconocimiento expresamente formulado a tal fin. En el párrafo 67 del informe figuraba una definición del acto de reconocimiento.

265. En el capítulo II del informe se abordaba someramente la cuestión de las condiciones de validez del acto de reconocimiento siguiendo muy de cerca el precedente establecido en relación con el acto unilateral en general: la capacidad del Estado y de las personas; la manifestación de voluntad del destinatario o los destinatarios; objeto lícito y, más especialmente, la conformidad con las normas imperativas del derecho internacional.

266. En el capítulo III se examinaba la cuestión de los efectos jurídicos del acto de reconocimiento en particular y el fundamento de su carácter obligatorio, siguiendo nuevamente el precedente del acto unilateral en general. El Relator Especial señalaba ante todo que, como afirmaba la mayoría de los autores, el acto de reconocimiento era declarativo y no constitutivo.

267. El Estado que reconocía estaba obligado a observar un comportamiento acorde con su declaración, como en el caso del *estoppel* (regla de los actos propios). El destinatario, ya fuese un Estado o cualquier otro sujeto, podía, a partir del momento de la declaración o del momento especificado en ella, exigir del Estado autor que obrase conforme a su declaración.

268. La obligatoriedad del acto unilateral en general y del reconocimiento en particular debía justificarse, lo que conducía a adoptar una norma inspirada en la norma *pacta sunt servanda*, que se podría denominar *acta sunt servanda*. La seguridad jurídica debía prevalecer también en el contexto de los actos unilaterales.

269. En el capítulo IV se hacía referencia de forma general a la aplicación del acto de reconocimiento para tratar de extraer algunas conclusiones acerca de la posibilidad de que un Estado revocase un acto unilateral y las condiciones en que podía hacerlo. Se hacía mención brevemente también de la aplicación espacial y temporal del acto unilateral, en el caso del reconocimiento de Estados en particular.

270. Se examinaba también la modificación, suspensión y revocación del acto unilateral. La cuestión que se planteaba era si el Estado podía revocar o modificar el acto o suspender su aplicación unilateralmente, de la misma manera que lo formuló. Cabía establecer un principio general según el cual el autor no podía dar por terminado el acto unilateralmente a menos que esa posibilidad hubiera sido prevista en el acto o hubiera ocurrido un cambio fundamental en las circunstancias. La revocación del acto dependería, pues, del comportamiento y de la actitud del destinatario.

271. Para concluir, el Relator Especial dijo que el sexto informe era un documento muy general y que se requería más reflexión para determinar cómo la Comisión podría completar sus trabajos sobre el tema. Sería conveniente establecer algunos principios generales y también estudiar la práctica en este ámbito; el Relator Especial indicó que estaba en marcha un trabajo de investigación bibliográfica.

2. Resumen del debate

272. Varios miembros reiteraron la importancia del tema atendiendo a que, como ponía de manifiesto la práctica de los Estados, los actos unilaterales creaban obligaciones internacionales y desempeñaban una función esencial en las relaciones entre Estados, según se desprendía de varios asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia. Era conveniente, pues, enunciar algunas normas sobre tales actos en interés de la seguridad jurídica. A los Estados les convenía saber cuándo quedaban obligados, fuera de todo vínculo convencional, por la manifestación unilateral de su voluntad o de sus intenciones. Se podría, en particular, buscar una explicación a ciertas cuestiones, como los medios por los cuales el Estado soberano quedaba atrapado por la manifestación de su propia voluntad, o cómo, en virtud de su soberanía, podía llegar a asumir obligaciones jurídicas aun cuando no fuera forzosamente para con otro Estado.

273. Se señaló a la atención el hecho de que, en la introducción de su sexto informe, el propio Relator Especial parecía poner en duda la existencia de los actos unilaterales. A este respecto, se expresó la opinión de que el tema no estaba listo para ser codificado puesto que no existía como institución jurídica; según este razonamiento, los actos unilaterales sólo describían una realidad sociológica de interacción informal entre Estados que a veces daba lugar a que éstos quedasen obligados por sus propias acciones, y por eso no era adecuado tratar de categorizar formalmente tales actos. Tal vez podrían elaborarse algunas pautas o directrices basadas en la práctica en relación con el reconocimiento de Estados y de gobiernos, aunque dichas pautas o directrices no serían ciertamente tan precisas ni tan detalladas como las normas aplicables en materia de derecho de los tratados.

274. Sin embargo, según otra opinión, la postura favorable a la desestimación de los actos unilaterales fundada en la falta de coherencia y la falta de carácter jurídico era poco sólida,

puesto que estaba en contradicción con una amplia serie de pruebas y la realidad de las relaciones internacionales. Se dijo que los propios tratados podían ser englobados también en la realidad sociológica de la interacción estatal.

275. Se reconoció que el tema era complejo y que planteaba algunos problemas muy difíciles, como el de la relación entre el tema y el derecho de los tratados, el hecho de que la materia objeto de los actos unilaterales se prestaba inusitadamente a clasificaciones parcialmente coincidentes, la cuestión del carácter informal de los actos, el hecho de que el concepto de acto unilateral era demasiado restrictivo y la falta de una postura jurídica clara del derecho interno con respecto a los actos unilaterales.

276. Se expresó la opinión de que el objetivo primordial del presente empeño no debería ser describir cada aspecto de la institución de los actos unilaterales sino determinar más bien cuáles eran sus efectos jurídicos. Otra cuestión que había que decidir era si la Comisión iba a codificar los actos unilaterales exclusivamente o también el comportamiento de los Estados. A este respecto, se señaló que si se interpretaba el alcance del tema en sentido amplio, a fin de incluir el comportamiento de los Estados, la labor de la Comisión, que era ya sumamente difícil, resultaría prácticamente imposible.

277. Por lo que respecta al intento del Relator Especial de atender la petición de la Comisión mediante un análisis de los principales actos unilaterales antes de adoptar algunas conclusiones generales, se dijo que el sexto informe no había producido los resultados deseados, que el informe carecía de la necesaria claridad, era repetitivo y no se compadecía con los informes anteriores. Se observó que el informe no aportaba propuestas de acción futura y parecía sugerir que se abandonase el planteamiento de la elaboración de un proyecto de artículos en favor de unas directrices menos rígidas. El informe abordaba los principales aspectos del reconocimiento, pero lo hacía sobre la base de ideas muy teóricas y abstractas; una referencia a la doctrina científica más importante sobre el tema hubiera sido útil. Además, el examen de la práctica de los Estados era limitado. El análisis debería girar en torno a la práctica de los Estados correspondiente a cada acto unilateral, con respecto a sus efectos jurídicos, los requisitos de su validez y cuestiones como la revocabilidad y la terminación; era necesario evaluar la práctica de los Estados para decidir si se limitaba a reflejar elementos específicos o permitía establecer algunos principios más generales en materia de actos unilaterales. Además, el informe no se centraba en los actos de reconocimiento que influían directamente en las normas por las que se regían los actos unilaterales. Se afirmó también que, aunque abordaba cuestiones estimulantes, el informe desviaba a la Comisión de su objetivo final, que era determinar hasta qué punto el reconocimiento producía efectos jurídicos.

278. Se expresaron algunas dudas acerca de la metodología utilizada por el Relator Especial. De su planteamiento global anterior había pasado a un estudio de cada caso por separado para determinar las normas generales aplicables a todos los actos unilaterales. No estaba claro cómo sus estudios monográficos enlazarían con el objetivo final del intento, es decir, la elaboración de unos proyectos de artículo que permitiesen a los Estados cobrar conciencia de cuándo corrían el riesgo de quedar atrapados por la manifestación formal de su voluntad. A este respecto, se sugirió que podría ser útil recurrir a un cuadro detallado en el que figurasen, horizontalmente, las distintas categorías de actos unilaterales y, verticalmente, las cuestiones jurídicas que era

necesario abordar. Si se descubrían elementos comunes a las distintas categorías, se podrían elaborar unas normas generales aplicables a los actos unilaterales que constituirían la sustancia misma del proyecto de artículos.

279. Por otra parte, se señaló que la preparación de una tabla analítica sobre los actos unilaterales supondría un enorme esfuerzo, posiblemente con resultados bastante decepcionantes, y que la cuestión que se planteaba era exactamente qué actos unilaterales debería estudiar la Comisión. De conformidad con el criterio original establecido por la Comisión algunos años antes, el objetivo no era el estudio de los actos unilaterales *per se*, sino como fuente de derecho internacional.

280. Según otra opinión, el quid de la cuestión era definir el *instrumentum* o procedimiento por el que un acto o declaración de voluntad dará lugar a la responsabilidad del Estado, objetivo que no podría alcanzarse mediante el estudio del contenido de los distintos actos o categorías de actos. No obstante, se señaló también que encontrar un *instrumentum* para un acto unilateral era mucho más difícil que para un tratado.

281. Se expresó cierta preocupación por que se siguiera debatiendo la metodología a pesar de que los trabajos sobre el tema habían comenzado en 1996.

282. Hubo división de opiniones acerca de la mejor manera de tratar el tema. Se sugirió volver al intento de formular normas comunes a todos los actos unilaterales, y completarlo, antes de emprender la segunda etapa de los trabajos, que consistiría en elaborar las distintas normas aplicables a aspectos específicos. Por otra parte, se opinó que era posible, basándose en la práctica de los Estados, determinar los actos unilaterales que creaban obligaciones internacionales y elaborar cierto número de normas aplicables. También se expresó la opinión de que la elaboración de unos principios generales en forma de un articulado del tipo de un tratado no parecía corresponder a la naturaleza de la materia objeto del tema. También se puso en duda la posibilidad de ir más allá de discernir unos principios generales. Según otra opinión, todavía era prematuro debatir cuál podría ser el producto del empeño de la Comisión.

283. Se expresó la opinión de que no incumbía exclusivamente al Relator Especial encontrar la manera de hacer avanzar los trabajos sobre el tema y que la Comisión en su conjunto debería tratar de ayudarlo a encontrar un planteamiento idóneo para elaborar una serie de normas sobre los actos unilaterales.

284. Se expresó la opinión de que el sexto informe trazaba una falsa distinción entre el reconocimiento como institución y los actos unilaterales de reconocimiento, pues se consideraba imposible examinar una sin los otros. Era necesario definir más claramente el concepto de reconocimiento y su pertinencia en relación con los actos unilaterales. Se puso en tela de juicio la idea de que existía una unidad homogénea llamada reconocimiento.

285. Se señalaron varias limitaciones que eran producto del intento de aplicar a los actos unilaterales el régimen de Viena sobre los tratados. Por ejemplo, al examinar las condiciones del reconocimiento, el informe se atenía demasiado rígidamente a la práctica seguida en la elaboración de tratados.

286. Asimismo, se dijo que el sexto informe se acercaba a examinar el reconocimiento de Estados como institución, que era un tema distinto del que la Comisión había incluido en su programa.

287. Se expresó la opinión de que varias cuestiones planteadas en el informe, entre otras, si la admisión en las Naciones Unidas constituía una forma de reconocimiento colectivo, si el no reconocimiento era discrecional y si el retiro del reconocimiento era viable en algunas circunstancias, requerían un estudio más detenido. Aunque el Relator Especial había considerado que el reconocimiento implícito no guardaba relación con el estudio, se señaló que, puesto que no se exigía una forma determinada para el acto de reconocimiento, había que deducir que podía existir un reconocimiento implícito.

288. Se señaló también que la decisión de centrar el sexto informe en la categoría del reconocimiento de Estados no era una elección acertada, que incluso era quizás contraproducente, puesto que planteaba demasiados problemas específicos para ser utilizada como base de unas conclusiones. Se expresó la opinión de que tanto el reconocimiento de Estados como el reconocimiento de gobiernos era discrecional y que no eran aplicables a ellos criterios jurídicos.

289. Se hizo observar que los ejemplos de no reconocimiento que figuraban en el informe no eran verdaderamente actos unilaterales, porque la obligación jurídica de no otorgar el reconocimiento en tales casos emanaba de las resoluciones pertinentes de las organizaciones.

290. Se señaló que el debate acerca de si el reconocimiento tenía carácter declarativo o constitutivo solía referirse a las consecuencias del reconocimiento, y no a su naturaleza, mientras que el Relator Especial había seguido este último planteamiento. Aunque la mayoría de la doctrina consideraba que el reconocimiento tenía carácter declarativo, esa interpretación no abarcaba todos los supuestos y un examen de la práctica de los Estados llevaba a conclusiones muy diferentes. En conjunto, los efectos del reconocimiento podían ser de carácter más constitutivo que declarativo. No obstante, aunque el reconocimiento de Estados fuera declarativo, lo que era válido en el caso del reconocimiento de Estados no lo era necesariamente en el del reconocimiento de otras entidades.

291. Algunos miembros destacaron el carácter discrecional del reconocimiento y el hecho de que cada vez con más frecuencia estaba sujeto a condiciones o criterios políticos que rebasaban las consideraciones tradicionales.

292. Se señaló que los efectos del reconocimiento podían variar, según el tipo específico de reconocimiento. Por ejemplo, los efectos del reconocimiento de Estados eran muy diferentes de los del reconocimiento de la extensión de la jurisdicción territorial de un Estado. Además del objeto del reconocimiento, los efectos dependían también de otros parámetros, como la reacción del destinatario. Por ejemplo, si el destinatario no reaccionaba, el Estado que había otorgado el reconocimiento era mucho más libre de desdecirse de ese acto. Por consiguiente, conceptos diferentes no podían ser agrupados indiscriminadamente.

293. Se señaló que las distinciones entre los distintos actos no eran netas. Habría sido útil que el informe analizara si el reconocimiento era una forma de aceptación o aquiescencia o algo distinto. A este respecto, se mencionó que la Corte Internacional de Justicia solía interpretar el "reconocimiento" como una forma de aceptación o aquiescencia, lo que no servía de fundamento suficiente a la existencia de una consecuencia específica del reconocimiento. Así, pues, era necesario investigar más a fondo la cuestión. Aunque el Relator Especial se refería frecuentemente a conceptos similares al reconocimiento, como la aquiescencia y la aceptación, esos conceptos no eran en absoluto equivalentes. El Relator Especial había mencionado también actos de no reconocimiento que, *a priori*, parecían guardar una relación más estrecha con una categoría diferente, a saber, la protesta. Además, silencio y aquiescencia no eran sinónimos, especialmente en relación con cuestiones territoriales, y había que obrar con cautela al tratar de esos conceptos cuando se aplicaban a las relaciones entre Estados poderosos y Estados más débiles.

294. También se hizo observar que al analizar el reconocimiento de Estados el Relator Especial no había hecho ninguna referencia a la distinción clásica entre reconocimiento *de jure* y reconocimiento *de facto*, una distinción que postulaba niveles distintos de la capacidad del Estado autor para volverse atrás en su reconocimiento, pues el reconocimiento *de jure* era definitivo mientras que el reconocimiento *de facto* era condicional.

295. Se puso en tela de juicio la afirmación que se hacía en el informe de que la modificación, suspensión o revocación de un acto de reconocimiento sólo era viable si se daban determinadas condiciones.

296. Por lo que respecta a los efectos del establecimiento y la suspensión de relaciones diplomáticas, se expresó la opinión de que el reconocimiento *de facto* no era lo mismo que el reconocimiento implícito, ya que el primero era provisional y no implicaba un acto jurídicamente vinculante, mientras que en virtud de un acto unilateral una parte manifestaba su voluntad de contraer ciertas obligaciones. El establecimiento de relaciones diplomáticas podía considerarse como reconocimiento equivalente a un acto jurídico, pero nada más. Se señaló que el reconocimiento por medio o como resultado del establecimiento de relaciones diplomáticas u otros acuerdos, así como el reconocimiento resultante de decisiones de una organización internacional, debían excluirse del informe.

297. Se expresó la opinión de que el principio *acta sunt servanda* invocado por el Relator Especial debía ser incluido en las conclusiones de la Comisión, pero acompañado de una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual si un cambio fundamental en las circunstancias podía afectar al objeto de un acto unilateral, también el acto unilateral podía resultar afectado. Por otra parte, se hizo referencia a la importancia del principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones resultantes de un acto unilateral.

3. Conclusiones del Relator Especial

298. El Relator Especial observó que el debate había puesto otra vez de relieve las dificultades que planteaba el tema, no sólo en cuanto al fondo, sino también en lo relativo a la metodología que debía aplicarse.

299. La gran mayoría de los miembros compartía la opinión de que los actos unilaterales existían realmente. No obstante, había miembros que opinaban que el alcance del tema debía ir más allá de los actos unilaterales en sentido estricto para abarcar ciertos tipos de comportamiento del Estado que podían producir efectos jurídicos.

300. Indicó que su sexto informe había girado en torno al reconocimiento porque la Comisión le había pedido en 2002 que procediese con arreglo a esa pauta, pero que había tratado de exponer las características generales del acto unilateral de reconocimiento y no de presentar un estudio de la institución del reconocimiento *per se*. El sexto informe tenía principalmente por objeto poner de manifiesto que la definición del acto de reconocimiento correspondía al proyecto de definición del acto unilateral en sentido estricto analizado por la Comisión en años anteriores.

301. El Relator Especial no estaba seguro de que la mejor manera de proceder fuera estudiando los distintos tipos de acto unilateral. Era evidente que varias cuestiones habían dado lugar a una importante división de opiniones en la Comisión. Uno de los principales elementos de desacuerdo concernía al alcance del tema, pues algunos miembros sugerían que se ampliara para abarcar el comportamiento del Estado, un cambio que indudablemente repercutiría en la labor realizada en sus informes anteriores, que excluían tal comportamiento.

302. El reconocimiento, sujeto a ciertas condiciones, era frecuente en la práctica y digno de un estudio más a fondo. Señaló que algunos Estados habían aceptado el reconocimiento colectivo. Por lo que respecta a la revocación de un acto unilateral, cabía concluir que lo mejor era adoptar un planteamiento restrictivo, puesto que, de lo contrario, se pondría en tela de juicio tanto el principio *acta sunt servanda* como el principio de buena fe.

C. Informe del Grupo de Trabajo

303. En su 2783ª sesión, el 31 de julio de 2003, la Comisión examinó y aprobó las recomendaciones que figuraban en las secciones 1 y 2 del informe del Grupo de Trabajo¹⁹⁶, que se reproducen a continuación.

1. Alcance del tema

304. Después de un debate bastante prolongado, el Grupo de Trabajo se puso de acuerdo sobre el texto de transacción que figura a continuación, que aprobó por consenso. Como toda transacción, ese texto se basa en concesiones mutuas entre las diversas posturas: no satisface enteramente a nadie, pero es aceptable por todos.

305. El Grupo de Trabajo recomienda muy encarecidamente a la Comisión que considere el texto de transacción como una guía tanto para los trabajos futuros del Relator Especial como para sus propios debates, en los que habría que evitar reabrir la discusión al respecto, pues de lo contrario

¹⁹⁶ A/CN.4/L.646.

se atascará nuevamente la labor sobre el tema y se reincidirá en pasados yerros, al ser en parte la situación actual resultado de las instrucciones contradictorias dadas al Relator Especial.

306. A juicio del Grupo de Trabajo, el consenso a que ha llegado representa un equilibrio entre los distintos puntos de vista que se expresaron en él y que reflejan las discrepancias existentes en el seno de la Comisión en su conjunto con respecto al alcance del tema.

Recomendación 1

1. A los efectos del presente estudio, un acto unilateral de un Estado es una declaración que manifiesta la voluntad o el consentimiento mediante el cual ese Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional.

Recomendación 2

2. El estudio examinará también los comportamientos de los Estados que, en determinadas circunstancias, pueden crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional similares a los de los actos unilaterales antes descritos.

Recomendación 3

3. En relación con los actos unilaterales descritos en el párrafo 1, el estudio propondrá proyectos de artículo con los comentarios correspondientes. En relación con los comportamientos mencionados en el párrafo 2, el estudio examinará la práctica de los Estados y, de ser necesario, podrá incluir directrices/recomendaciones.

2. Método de trabajo

307. El Grupo de Trabajo hubiera deseado poder presentar a la Comisión recomendaciones lo más precisas posible en cuanto al método que habría que seguir para alcanzar los objetivos antes definidos. Lamentablemente, no ha podido llevar a cabo esa tarea en el plazo que se le había dado y se limita a hacer las siguientes sugerencias que el Relator Especial podría tomar en consideración al preparar su próximo informe.

308. El Relator Especial, que es en gran parte el inspirador de esas recomendaciones, informó al Grupo de Trabajo de que, con ayuda de la Universidad de Málaga y de los estudiantes del Seminario de Derecho Internacional, ya había reunido una documentación importante sobre la práctica estatal.

Recomendación 4

4. El informe que el Relator Especial presentará a la Comisión en su próximo período de sesiones debería consistir exclusivamente en una exposición lo más completa posible de la práctica de los Estados en esta materia. Dicho informe debería comprender tanto las informaciones provenientes del autor del acto o del comportamiento como las reacciones de los demás Estados u otras partes interesadas.

Recomendación 5

5. El material reunido empíricamente debería comprender tanto los elementos que permitan deducir las normas aplicables a los actos unilaterales en sentido estricto, con miras a la redacción de un proyecto de artículos con los comentarios correspondientes, como las que podrían aplicarse a los comportamientos estatales que producen efectos similares.

Recomendación 6

6. Una clasificación ordenada de esa práctica debería, en la medida de lo posible, permitir contestar a las preguntas siguientes:

- ¿Cuáles son los motivos a que responde el acto o el comportamiento unilateral del Estado?*
- ¿Cuáles son los criterios de validez del compromiso expreso o tácito del Estado, en particular, aunque no exclusivamente, los relativos a la competencia del órgano del que procede ese acto o ese comportamiento?*
- ¿En qué circunstancias y con qué condiciones se puede modificar o retirar el compromiso unilateral?*

Recomendación 7

7. El Relator Especial no presentará en su próximo informe las normas jurídicas que podrían deducirse del material así presentado. Tales normas serán objeto de informes ulteriores a fin de llegar a proyectos de artículo o a recomendaciones precisos.

Capítulo VIII

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

A. Introducción

309. La Asamblea General, por su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, hizo suya la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema titulado "El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados".

310. En su 46º período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Alain Pellet¹⁹⁷.

311. En su 47º período de sesiones, celebrado en 1995, la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial¹⁹⁸.

312. Al concluir ese examen, el Relator Especial resumió las conclusiones a que había llegado a la luz de los debates de la Comisión sobre el tema, y que se referían: al título del tema, que debía modificarse para que dijera "Las reservas a los tratados"; a la forma que debían tomar los resultados del estudio, que sería la de una guía de la práctica en materia de reservas; a la manera flexible en que debían realizarse los trabajos de la Comisión sobre el tema; y al consenso de la Comisión en el sentido de que no debían modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986¹⁹⁹. Esas conclusiones constituían, a juicio de la Comisión, el resultado del estudio preliminar solicitado por la Asamblea General en sus resoluciones 48/31, de 9 de diciembre de 1993, y 49/51, de 9 de diciembre de 1994. Por lo que respecta a la Guía de la práctica, se le daría la forma de un proyecto de directrices, con sus comentarios, que servirían de orientación para la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales; estas directrices, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas tipo.

313. En 1995, la Comisión, de conformidad con su práctica anterior²⁰⁰, autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado en relación con las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular las depositarias de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropezaban. Ese cuestionario se envió a sus destinatarios por conducto de la Secretaría. En su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, la Asamblea General tomó nota de las conclusiones de la Comisión

¹⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/49/10), párr. 382.*

¹⁹⁸ A/CN.4/470 y Corr.1.

¹⁹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/50/10), párr. 491.*

²⁰⁰ Véase *Anuario...*, 1993, vol. II (segunda parte), párr. 286.

y la invitó a continuar su labor en la forma indicada en el informe, e invitó también a los Estados a contestar el cuestionario²⁰¹.

314. En su 48º período de sesiones, en 1996, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial sobre el tema²⁰². El Relator Especial había unido a su informe un proyecto de resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, destinado a la Asamblea General, con el fin de puntualizar y aclarar los datos jurídicos sobre esa cuestión²⁰³. Sin embargo, por falta de tiempo, la Comisión no pudo examinar el informe ni el proyecto de resolución, aunque algunos miembros pudieron expresar sus opiniones sobre el informe. Por consiguiente, la Comisión decidió aplazar el debate sobre el tema hasta el año siguiente.

315. En su 49º período de sesiones, en 1997, la Comisión tuvo nuevamente a su disposición el segundo informe del Relator Especial sobre el tema.

316. Al concluir el debate, la Comisión aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos²⁰⁴.

317. La Asamblea General tomó nota en su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, de las conclusiones preliminares de la Comisión, así como de la invitación cursada a todos los órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo que desearan hacerlo a que presentaran observaciones por escrito sobre esas conclusiones, y al mismo tiempo recordó a los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión de Derecho Internacional contar con las opiniones de los gobiernos acerca de las conclusiones preliminares.

318. En su 50º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial sobre el tema²⁰⁵, que versaba principalmente sobre la definición de las reservas a los tratados y las declaraciones interpretativas de tratados. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente seis proyectos de directriz²⁰⁶.

²⁰¹ Al 31 de julio de 2003, 33 Estados y 25 organizaciones internacionales habían respondido al cuestionario.

²⁰² A/CN.4/477 y Add.1.

²⁰³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, párr. 137.

²⁰⁴ *Ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/52/10)*, párr. 157.

²⁰⁵ A/CN.4/491 y Corr.1 (en inglés solamente), A/CN.4/491/Add.1, Add.2 y Add.2/Corr.1, Add.3 y Corr.1 (en chino, francés y ruso solamente), Add.4 y Corr.1, Add.5 y Add.6 y Corr.1.

²⁰⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 540.

319. En el 51º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo nuevamente ante sí la parte del tercer informe del Relator Especial que no había podido examinar en su 50º período de sesiones, así como el cuarto informe sobre el tema²⁰⁷. Además, el informe incluía como anexo la bibliografía revisada sobre las reservas a los tratados que el Relator Especial había presentado originalmente en 1996 junto con su segundo informe²⁰⁸. El cuarto informe trataba también de la definición de las reservas y las declaraciones interpretativas. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 17 proyectos de directriz²⁰⁹.

320. Además, la Comisión, teniendo en cuenta el examen de las declaraciones interpretativas aprobó una nueva versión del proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4] y del proyecto de directriz sin título ni número [que ha pasado a constituir el proyecto de directriz 1.6 ("Alcance de las definiciones")].

321. En el 52º período de sesiones, en 2000, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe sobre el tema preparado por el Relator Especial²¹⁰, que versaba sobre las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, por una parte, y sobre el procedimiento relativo a las reservas y a las declaraciones interpretativas, en particular su formulación y la cuestión de las reservas y declaraciones interpretativas tardías, por otra. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente cinco proyectos de directriz²¹¹. Además, la Comisión aplazó el examen de la segunda parte del quinto informe del Relator Especial, contenida en los documentos A/CN.4/508/Add.3 y Add.4, hasta el período de sesiones siguiente.

322. En el 53º período de sesiones, en 2001, la Comisión tuvo ante sí en primer lugar la segunda parte del quinto informe (A/CN.4/508/Add.3 y Add.4), que versaba sobre las cuestiones de procedimiento relativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas y, en segundo lugar, el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/518 y Add.1 a 3), que se refería a las modalidades de formulación de las reservas y de las declaraciones interpretativas (en particular su forma y notificación), así como a la publicidad de las reservas y de las declaraciones interpretativas (su comunicación, sus destinatarios y las obligaciones del depositario).

323. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 12 proyectos de directriz²¹².

²⁰⁷ A/CN.4/499.

²⁰⁸ A/CN.4/478/Rev.1.

²⁰⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 470.

²¹⁰ A/CN.4/508 y Add.1 a 4.

²¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párr. 470.

²¹² *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 14.

324. En el 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión tuvo ante sí el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/526 y Add.1 a 3) relativo a la formulación, modificación y retiro de reservas a los tratados y de las declaraciones interpretativas. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 11 proyectos de directriz²¹³.

325. En el mismo período de sesiones, su 2739ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2002, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas), 2.5.2 (Forma del retiro), 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas), 2.5.5 (Competencia para retirar una reserva en el plano internacional), 2.5.5 *bis* (Competencia para retirar una reserva en el plano interno), 2.5.5 *ter* (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de las reservas), 2.5.6 (Comunicación del retiro de una reserva), 2.5.6 *bis* (Procedimiento de comunicación del retiro de las reservas), 2.5.6 *ter* (Funciones del depositario), 2.5.7 (Efecto del retiro de una reserva), 2.5.8 (Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva), 2.5.9 (Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva) (con inclusión de las cláusulas tipo correspondientes), 2.5.10 (Casos en que el Estado autor de la reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva), 2.5.11 (Retiro parcial de una reserva) y 2.5.12 (Efecto del retiro parcial de una reserva).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

326. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/535 y Add.1), relativo al retiro y la modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas, así como a la formulación de objeciones a las reservas y las declaraciones interpretativas.

327. La Comisión examinó el octavo informe del Relator Especial en sus sesiones 2780ª y 2783ª del 25 al 31 de julio de 2003.

328. En su 2783ª sesión, el 31 de julio de 2003, la Comisión decidió remitir al Comité de redacción los proyectos de directriz: 2.3.5 "Agravación del alcance de una reserva"²¹⁴, 2.4.9 "Modificación de las declaraciones interpretativas", 2.4.10 "Modificación de una declaración interpretativa condicional", 2.5.12 "Retiro de una declaración interpretativa" y 2.5.13 "Retiro de una declaración interpretativa condicional".

329. En su 2760ª sesión, el 21 de mayo de 2003, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas), 2.5.2 (Forma del retiro), 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas), 2.5.4 [2.5.5] (Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional), 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*] (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las reglas internas relativas al retiro de reservas), 2.5.6 (Comunicación del retiro de una reserva), 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] (Efecto del retiro de

²¹³ *Ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), párr. 50.

²¹⁴ El proyecto de directriz 2.3.5 fue remitido después de una votación.

una reserva), 2.5.8 [2.5.9] (Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva) (con inclusión de las cláusulas tipo A, B y C), 2.5.9 [2.5.10] (Casos en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva pueden fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva), 2.5.10 [2.5.11] (Retiro parcial de una reserva), 2.5.11 [2.5.12] (Efecto del retiro parcial de una reserva). Esas directrices se habían remitido ya al Comité de Redacción en el 54º período de sesiones.

330. En su 2786ª sesión, el 5 de agosto de 2003, la Comisión aprobó los comentarios de dichos proyectos de directriz.

331. En la sección C.2 *infra* se reproduce el texto de los proyectos de directriz y sus comentarios.

1. Presentación por el Relator Especial de su octavo informe

332. El octavo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/535 y Add.1) constaba de una introducción, que trataba del examen del séptimo informe por la Comisión, así como de las reacciones de la Sexta Comisión y de las últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados, seguida de una parte sustantiva, que versaba, por un lado, sobre la agravación del alcance de las reservas y el retiro y el modificación de las declaraciones interpretativas y, por otro, sobre la formulación de las objeciones a las reservas.

333. El Relator Especial recordó que, con la posible excepción del proyecto de directriz 2.1.8 sobre el "Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]", la Sexta Comisión había acogido más bien favorablemente los proyectos de directriz aprobados en el 54º período de sesiones. Hubo algunas observaciones que podrían tomarse en consideración en segunda lectura. En cuanto al proyecto de directriz 2.5.X sobre el retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado, proyecto que se había retirado, el debate no fue muy concluyente.

334. El Relator Especial mencionó el documento titulado "Conclusiones preliminares del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos" cuyo enfoque se distinguía por su ausencia de dogmatismo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial trataba de entablar un diálogo con los Estados a fin de fomentar la aplicación más completa posible de la Convención. Esa fue también la enseñanza principal que el Relator Especial sacó de la reunión de los miembros de la Comisión con los miembros del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹⁵. El Relator Especial también mencionó el hecho, muy positivo, de que el servicio jurídico de la Comisión Europea había contestado por fin a la sección I del cuestionario relativo a las reservas.

²¹⁵ Véase A/CN.4/535, párr. 18.

335. En cuanto a la estructura del octavo informe, el Relator Especial pensaba que sería más lógico dedicar un capítulo a las objeciones antes del capítulo relativo al procedimiento de formulación de la aceptación de reservas.

336. El capítulo I trataba de la agravación del alcance de las reservas, así como del retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas. La agravación del alcance de las reservas guardaba una relación clara con la formulación tardía de una reserva y por ello las restricciones adoptadas en este último caso (directrices 2.3.1 a 2.3.3) debían aplicarse a los casos de agravación del alcance de las reservas, lo que por otra parte reflejaba la práctica corriente, en particular la del Secretario General de las Naciones Unidas. El proyecto de directriz 2.3.5²¹⁶ se limitaba por consiguiente a remitir a las normas aplicables a la formulación tardía de reservas. Inspirándose en el proyecto de directriz 2.5.10 aprobado recientemente por la Comisión (relativo al retiro parcial de una reserva), el primer párrafo podría consistir en una definición de la agravación.

337. En lo referente al retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas, la práctica de los Estados en la materia era bastante escasa. Según el proyecto de directriz 2.5.12²¹⁷, los Estados podían retirar las declaraciones interpretativas en cualquier momento siempre que ese retiro lo hiciera una autoridad competente. Del mismo modo, las declaraciones interpretativas se podían modificar en cualquier momento (proyecto de directriz 2.4.9²¹⁸). Como las normas relativas a la modificación de una declaración interpretativa eran las mismas que las relativas a

²¹⁶ El texto del proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.3.5. Agravación del alcance de una reserva

La modificación de una reserva existente con objeto de agravar el alcance de ésta estará sujeta a las normas aplicables a la formulación tardía de una reserva [enunciadas en las directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3].

²¹⁷ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.5.12. Retiro de una declaración interpretativa

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación y por las autoridades competentes a este fin [con arreglo a lo dispuesto en las directrices 2.4.1 y 2.4.2].

²¹⁸ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.9. Modificación de las declaraciones interpretativas

Salvo que el tratado disponga que una declaración interpretativa solo se podrá hacer [o modificar] en momentos determinados, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento.

su formulación, el Relator Especial sugirió que sin duda bastaría con modificar ligeramente el texto y los comentarios de los proyectos de directriz 2.4.3 y 2.4.6 (ya aprobados) para introducir la formulación y la modificación de las declaraciones interpretativas.

338. Los proyectos de directriz 2.5.13²¹⁹ y 2.4.10²²⁰ se referían respectivamente al retiro y a la modificación de las declaraciones interpretativas condicionales. El Relator Especial estimó que era difícil determinar si la modificación de una declaración interpretativa, condicional o no, la agravaba o la atenuaba y que, por consiguiente, toda modificación de una declaración interpretativa condicional debería seguir el régimen aplicable a la formulación tardía o a la agravación de una reserva y estar sujeta a la ausencia de "objeción" por parte de cualquiera de las demás partes contratantes. En cambio, el retiro de las declaraciones interpretativas condicionales parecía deber hacerse según las reglas relativas al retiro de las reservas.

339. El capítulo II trataba de la formulación de las objeciones que no se definían en ninguna parte. El Relator Especial pensaba que un elemento de definición debería ser el momento en que debían hacerse las objeciones, cuestión que se abordaba indirectamente en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (art. 20, párr. 5). La intención, elemento primordial de la objeción, como ponía de manifiesto el laudo del Tribunal de Arbitraje encargado de resolver la controversia entre Francia y el Reino Unido respecto de la *Delimitación de la plataforma continental del mar de Iroise*, era una cuestión compleja. El proyecto de directriz 2.6.1²²¹ proponía una definición de

²¹⁹ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.5.13. Retiro de una declaración interpretativa condicional

El retiro de una declaración interpretativa condicional se regirá por las normas aplicables al retiro de una reserva [enunciada en las directrices 2.5.1 a 2.5.9].

²²⁰ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.10. Modificación de una declaración interpretativa condicional

Un Estado o una organización internacional no podrá modificar una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la modificación tardía de esa declaración.

²²¹ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.6.1. Definición de las objeciones a las reservas

Se entiende por "objeción" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, como reacción a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, con objeto de impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la

las objeciones teniendo en cuenta consideraciones teóricas y el estudio de la práctica. Al mismo tiempo, omitía diversos puntos, entre ellos el de saber si el Estado o la organización internacional que formulaba la objeción debía ser o no parte contratante, cuestión que sería objeto de un estudio ulterior. Por otra parte, la definición propuesta no se pronunciaba sobre la validez de las objeciones. Además, el proyecto de directriz 2.6.1 *bis*²²² trataba de disipar una confusión terminológica de resultados de la cual la Comisión utilizaba la misma palabra "objeción" para designar al mismo tiempo la objeción a una reserva y la oposición a la formulación tardía de una reserva. El proyecto de directriz 2.6.1 *ter*²²³ completaba la definición de las objeciones refiriéndose a las objeciones a las reservas "transversales" (proyecto de directriz 1.1.1).

objeción, en la medida determinada por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción.

Otra posibilidad sería un proyecto de directriz que incluyera el texto 2.6.1 *ter*, en cuyo caso diría lo siguiente:

2.6.1. Definición de las objeciones a las reservas

Se entiende por "objeción" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, como reacción a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, con objeto de impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción, en la medida determinada por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción.

²²² El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.6.1 *bis*. Objeción a la formulación tardía de una reserva

Se entiende asimismo por "objeción" una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de oponerse a la formulación tardía de una reserva.

²²³ El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.6.1 *ter*. Objeto de las objeciones

Una objeción, cuando su objeto no es impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción, tiene por objeto impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción, en la medida determinada por la reserva.

2. Resumen del debate

340. La mayoría de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial fueron aprobados con la salvedad, en el caso de algunos miembros, de que se introdujeran precisiones o modificaciones de forma. Varios miembros expresaron también su satisfacción por el cambio de impresiones que había tenido lugar entre la Comisión y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Los debates versaron esencialmente sobre los proyectos de directriz 2.3.5 (Agravación del alcance de una reserva) y 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas).

341. En lo que se refiere a la definición de las objeciones a las reservas, varios miembros indicaron que afectaba al fondo de varias cuestiones interesantes.

342. Algunos miembros estimaron que la propuesta del Relator Especial se situaba, acertadamente, dentro de la lógica estricta de las Convenciones de Viena y se limitaba a adaptar a las objeciones la definición de las reservas tal como se desprendía de los instrumentos de 1969 y 1986. Consideraron que la intención del Estado autor de la objeción, elemento decisivo de la definición propuesta, debía ajustarse a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 21 y en el apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. Además, era preciso eliminar de esa definición las "cuasiobjeciones", así como la manifestación de una "posición de espera" frente a una reserva.

343. Según otro punto de vista, la definición propuesta por el Relator Especial no era plenamente satisfactoria.

344. Se adujo que los efectos jurídicos de una objeción a una reserva en virtud de las Convenciones de Viena eran inciertos y podían ser asimilados incluso a los de la aceptación, en el sentido de que la disposición que era objeto de la reserva no se aplicaba. Ahora bien, el Estado que formulaba una objeción no tenía evidentemente la intención de aceptar la reserva, sino más bien la de alentar al Estado autor de la reserva a retirarla. La definición de las objeciones debería, pues, reflejar la intención real del Estado que formulaba una objeción y no vincular esa posición a los efectos que, según las Convenciones de Viena, se atribuían a las objeciones.

345. La práctica de los Estados mostraba que los Estados que hacían objeciones tendían a veces a lograr efectos diferentes de los enunciados en los artículos 20 y 21 de las Convenciones de Viena. Además, podía haber diferentes tipos de objeciones: las que tenía por objeto excluir, no sólo la disposición sobre la que versaba la reserva, sino también toda una parte del tratado; las que, pese a afirmar que una reserva era contraria al objeto y el fin del tratado permitían, sin embargo, el establecimiento de relaciones convencionales entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción; o incluso las objeciones a las "reservas transversales" tendentes a impedir la aplicación de un tratado en su conjunto, con respecto a ciertos aspectos específicos, en la medida determinada por la reserva. (Esta última categoría ya estaba comprendida en el proyecto de directriz 2.6.1 *ter*). La intención del Estado autor de la objeción era, en general, asegurarse de que no fuera posible oponerle una reserva. Según este punto de vista, la definición de las objeciones que figuraba en el proyecto de directriz 2.6.1 debía, por consiguiente, ser ampliada.

346. En ese sentido, se recordó que el régimen de las objeciones era muy incompleto. Según un punto de vista, la idea según la cual una objeción que aplicase la doctrina de la divisibilidad (efecto "supermáximo") no era en realidad una objeción, contradecía uno de los principios fundamentales de las Convenciones de Viena, a saber, que la intención de los Estados tenía primacía sobre la terminología. A juicio de otros oradores, aunque órganos independientes (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se pronunciasen sobre la admisibilidad (*licéité*) de las reservas, la doctrina de la divisibilidad ("*severability*") seguía siendo controvertida, en especial si era aplicada por Estados (en particular en el caso de los tratados de derechos humanos). En esos casos, los Estados deseaban salvaguardar la integridad del tratado, a veces a expensas del principio consensual.

347. Según ese punto de vista, incluso las objeciones controvertidas deberían considerarse siempre objeciones, a pesar de la incertidumbre en lo que concierne a sus consecuencias jurídicas. Por consiguiente, la definición de las objeciones debería ser mucho más amplia e incluir todos los tipos de reacciones unilaterales a las reservas, incluidas las que tenían por objeto impedir la aplicación del tratado en su totalidad o las calificadas de "cuasiobjeciones". Además, la Comisión debería reconsiderar las conclusiones preliminares de 1997 a la luz de la práctica reciente que tenía en cuenta el objeto y el fin específicos del tratado. Se debería lograr un equilibrio delicado entre el consentimiento de los Estados soberanos y la integridad de los tratados.

348. Algunos miembros hicieron observar que sólo el análisis del texto de la objeción podría poner de manifiesto la intención. Según otro punto de vista, el análisis del contexto permitía determinar si se estaba ante una objeción en sentido estricto o ante una reacción de otro tipo tendente a que el Estado que había formulado la reserva aceptase retirarla. Sin embargo, a este respecto se mencionó también la recomendación N° R (99) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones frente a las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles como instrumento de análisis de la intención del Estado autor de la objeción. Esta recomendación, proveniente de una organización regional, demostraba la existencia de una práctica emergente en materia de objeciones.

349. Se señaló asimismo que no se debería limitar la intención como se hacía en la propuesta del Relator Especial; además, si la intención estaba vinculada a los efectos de la objeción, se debería aplazar la cuestión de la definición hasta que se hubieran estudiado los efectos de las reservas y las objeciones. Según otro punto de vista, el Relator Especial se había ajustado de forma demasiado estricta y limitativa a las Convenciones de Viena. También se debería tomar en consideración la práctica de los Estados. La definición de las objeciones debería ser mucho más flexible. Esta cuestión, sumamente compleja, correspondía más bien a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional.

350. Se estimó asimismo que la definición de las objeciones, aun teniendo en cuenta la *intención*, se podría elaborar sin hacer referencia a los *efectos* de las objeciones. Si no se quería llegar a una definición compleja y premiosa, había que elegir entre los elementos que podían incluirse en ella. De todos modos, habría que distinguir entre objeciones a las reservas "inadmisibles" ("*illicites*") y objeciones a las reservas "admisibles" ("*licites*"). También sería conveniente tratar los efectos de las objeciones a esas dos categorías de reservas por separado. Por otra parte, se

consideró que era conveniente reservar el supuesto en que la disposición sobre la que versara la reserva tuviese el carácter de norma consuetudinaria.

351. En cuanto a la definición del Estado autor de la objeción, se manifestó la opinión de que debería inspirarse en el párrafo 1 del artículo 23 e incluir al Estado o la organización internacional facultado para llegar a ser parte en el tratado.

352. La propuesta del Relator Especial de redactar un proyecto de directriz que alentara a los Estados a exponer los motivos de sus objeciones obtuvo una aprobación general.

353. En lo que concierne al proyecto de directriz 2.3.5, algunos miembros expresaron su sorpresa y su preocupación por la posibilidad de agravación del alcance de una reserva. A su juicio, existía una diferencia fundamental entre la formulación tardía de una reserva y la agravación de su alcance. En el primer caso, el Estado había olvidado de buena fe adjuntar la reserva con su instrumento de ratificación. En el segundo, en cambio, se abría una senda peligrosa para los tratados y el derecho internacional en general. Se trataba, en realidad, de una nueva reserva que ponía en peligro la seguridad jurídica internacional y que era contraria a la definición misma de las reservas que figuraba en las Convenciones de Viena. Se trataba, pues, de un abuso de derecho que no debía ser autorizado. Cabía preguntarse, además, qué razones legítimas podían justificar la agravación de una reserva. No era exacto decir, por lo tanto, que los proyectos de directriz relativos a la formulación tardía de una reserva fueran aplicables a la agravación de las reservas.

354. Por consiguiente, según esa opinión, convenía atenerse a la práctica del Secretario General del Consejo de Europa y prohibir la agravación del alcance de una reserva. Este proyecto de directriz, o bien no debería figurar en la Guía de la práctica, o bien debería imponer condiciones muy estrictas. Habría que pedir a los Estados que expresaran su opinión sobre esa práctica. Según una opinión, ese proyecto de directriz contradecía el proyecto de directriz 2.3.4 ("Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas"), puesto que nunca era posible dar una interpretación más amplia a una reserva hecha anteriormente, aunque las partes en el tratado consintieran en ello. Por lo demás, la Comisión debería, en la segunda lectura de los proyectos de directriz, limitar la posibilidad de formular una reserva tardía.

355. La mayoría de los miembros, sin embargo, se declaró de acuerdo con la asimilación de la agravación del alcance de una reserva a la formulación tardía de una reserva, en la inteligencia de que las restricciones aplicables a la formulación tardía de una reserva indudablemente debían mantenerse. A este respecto, se señaló que la directriz 2.3.3, relativa a la objeción a la formulación tardía de una reserva, debería ser adaptada al supuesto de la agravación de una reserva, en la medida en que, en caso de objeción, la reserva permanecía en su forma inicial. Rechazar la posibilidad de agravación de la reserva sería una actitud demasiado rígida. Por otra parte, no sería atinado imponer una práctica regional al resto del mundo.

356. En opinión de varios miembros, se debería incluir un segundo párrafo sobre la definición de la agravación.

357. En lo que se refiere a la cuestión de terminología, varios miembros convinieron con el Relator Especial en que habría que distinguir entre la objeción a una reserva y la oposición al procedimiento de formulación de una reserva tardía. Con todo, convenía no volver en estos momentos sobre las decisiones ya aprobadas por la Comisión.

358. Varios miembros apoyaron los proyectos de directriz relativos a la modificación y el retiro de las declaraciones interpretativas (simples y condicionales), aunque expresaron su convencimiento de que las declaraciones interpretativas condicionales deberían ser asimiladas a las reservas. Según una opinión, se debería elaborar un proyecto de directriz que limitara la modificación, en el sentido de la agravación, de las declaraciones interpretativas.

359. En general, los miembros acogieron muy favorablemente el cambio de impresiones que se acababa de instaurar entre la Comisión y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Además, varios miembros expresaron el interés que a su juicio revestía el "diálogo sobre la reserva", con respecto al cual el Relator Especial se proponía presentar proyectos de directriz en el próximo período de sesiones.

3. Conclusiones del Relator Especial

360. Al concluir el debate, el Relator Especial destacó que, en primer lugar, la Comisión no debería volver sobre sus propias decisiones y replantear proyectos de directriz ya aprobados. No convenía, por consiguiente, poner en tela de juicio los proyectos de directriz relativos a la formulación tardía de una reserva ya aprobados en 2001 en razón de que unos miembros no estaban convencidos de la posibilidad de ajustar las normas relativas a la agravación de una reserva a las normas aplicables a la formulación tardía. Por otra parte, el proyecto de directriz sobre la agravación de una reserva reflejaba exactamente la práctica, de la que había dado ejemplos en su octavo informe. No estaba convencido de que los Estados procedieran necesariamente de mala fe a tal agravación de una reserva. Había casos en que consideraciones de orden meramente técnico o legislativo podían justificar esa medida. Recordó asimismo que la oposición de un solo Estado impediría la agravación de la reserva.

361. Por otra parte, se preguntó por qué la práctica estricta del Secretario General del Consejo de Europa en sus funciones de depositario (por lo demás menos estricta de lo que se había dicho) debería imponerse al resto del mundo; la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas, más flexible, le parecía más adecuada. No había en cualquier caso ningún motivo para apartarse en materia de agravación de las reservas de las normas relativas a la formulación tardía de las reservas.

362. Por lo que respecta al proyecto de directriz 2.6.1, sobre la definición de las objeciones, el Relator Especial había escuchado con mucho interés las diversas opiniones expuestas. Deseaba, sin embargo, disipar cierta confusión acerca de la recomendación (99) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: todos esos modelos de reacción a las reservas inadmisibles eran claramente *objeciones* y utilizaban ese término. Tal no era siempre el caso, en cambio, con respecto a las reacciones de los Estados a las reservas y no había que dar por sentado que cualquier reacción a una reserva era una objeción cuando el autor de esa reacción empleaba un lenguaje incierto o ambiguo. Como había señalado el Tribunal de Arbitraje de 1977, no toda

reacción a una reserva era forzosamente una objeción. El diálogo sobre la reserva no debía dar pie a incertidumbre o equívoco. Los Estados autores de una reserva y los otros Estados, hubieran formulado o no una objeción, debían poder saber a qué atenerse y cuáles eran las verdaderas objeciones en comparación con reacciones a las reservas que no tenían ese carácter.

363. El Relator Especial estimó que la *intención* de los Estados o las organizaciones internacionales era un elemento decisivo de la definición de las objeciones y que la gran mayoría de los miembros parecía convenir en ello. Esa intención era evidentemente impedir que los efectos de una reserva, fueran cuales fuesen, pudieran ser oponibles al Estado autor de la objeción. A este respecto, opinaba que las objeciones con un efecto "supermáximo" llevaban esa intención hasta el último extremo "aniquilando" prácticamente la reserva, y seguía abrigando dudas acerca de la validez de esa práctica. Fuera como fuese, como se había procedido a la definición de las reservas sin tener en cuenta su admisibilidad (*licéité*), sin duda habría que proceder del mismo modo con la definición de las objeciones sin ocuparse de su validez. Así pues, propuso un nuevo texto del proyecto de directriz 2.6.1, que decía lo siguiente:

"Se entiende por "objeción" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, como reacción a una reserva al tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, con objeto de impedir que la reserva produzca, en todo o en parte, sus efectos."

364. El Relator Especial propuso que se remitiera al Comité de Redacción ese nuevo enunciado del proyecto de directriz 2.6.1 o que se profundizara en la reflexión sobre ese nuevo texto sin perjuicio de volver a él el año próximo. En lo que se refiere a los demás proyectos de directriz relativos al retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas, el Relator Especial constató que todos los miembros que habían intervenido en el debate los apoyaban, sin perjuicio a veces de cambios de forma para mejorar su redacción.

365. En conclusión, el Relator Especial recordó que era preciso tener todavía un poco de paciencia con respecto a la cuestión de las declaraciones interpretativas condicionales. Aunque no fueran reservas (véase la directriz 1.2.1), parecía que operaban como las reservas. Convenía esperar todavía a que se hubiera progresado más en el examen del tema para comprobar si esa categoría distinta estaba sujeta a las mismas normas que las reservas.

366. Por último, el Relator Especial, en vista del interés manifestado por varios miembros, se proponía presentar un proyecto de directriz que alentaría a los Estados que hicieran una objeción a adjuntar a ella los motivos que les habían inducido a hacerla.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

1. Texto de los proyectos de directriz

367. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.

RESERVAS A LOS TRATADOS

Guía de la práctica

Nota explicativa

Algunos proyectos de directriz de la Guía de la práctica van acompañados de cláusulas tipo. El empleo de esas cláusulas tipo puede presentar ciertas ventajas en circunstancias concretas. El usuario debe remitirse a los comentarios para apreciar las circunstancias que resulten apropiadas a la utilización de una cláusula tipo determinada.

1. DEFINICIONES

1.1. Definición de las reservas²²⁴

Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

1.1.1. [1.1.4]²²⁵ *Objeto de las reservas*²²⁶

Una reserva tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.

1.1.2. *Casos en que puede formularse una reserva*²²⁷

²²⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, págs. 206 a 209.

²²⁵ El número que figura entre corchetes remite al número que lleva el proyecto de directriz en el informe del Relator Especial o, en su caso, al número original de un proyecto de directriz del informe del Relator Especial que se ha refundido con el proyecto de directriz definitivo.

²²⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 183 a 189.

²²⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, págs. 214 a 218.

Los casos en que puede formularse una reserva en virtud de la directriz 1.1 comprenden todas las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado mencionadas en el artículo 11 de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 y 1986.

1.1.3. [1.1.8] Reservas de alcance territorial²²⁸

Una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir la aplicación de un tratado o de algunas de sus disposiciones en un territorio en el que ese tratado sería aplicable en ausencia de tal declaración, constituye una reserva.

1.1.4. [1.1.3] Reservas formuladas con ocasión de una notificación de aplicación territorial²²⁹

Una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado en su aplicación a un territorio respecto del cual el Estado hace una notificación de la aplicación territorial del tratado, constituye una reserva.

1.1.5. [1.1.6] Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor²³⁰

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización internacional manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, con objeto de limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva.

1.1.6. Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes²³¹

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, con objeto de cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva.

²²⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 218 a 221.

²²⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 221 y 222.

²³⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 189 a 193.

²³¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 193 a 195.

1.1.7. [1.1.1] Formulación conjunta de una reserva²³²

La formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva.

1.1.8. Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión²³³

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, de conformidad con una cláusula que autoriza expresamente a las partes o a algunas de ellas a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a esas partes, constituye una reserva.

1.2. Definición de las declaraciones interpretativas²³⁴

Se entiende por "declaración interpretativa" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones.

1.2.1. [1.2.4] Declaraciones interpretativas condicionales²³⁵

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado, por la cual ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones, constituye una declaración interpretativa condicional.

²³² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, págs. 222 a 226.

²³³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, págs. 202 a 215.

²³⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 195 a 210.

²³⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 211 a 219.

1.2.2. [1.2.1] Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente²³⁶

La formulación conjunta de una declaración interpretativa por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa declaración.

1.3. Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas²³⁷

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinada por el efecto jurídico que tiene por objeto producir.

1.3.1. Método de aplicación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas²³⁸

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración.

1.3.2. [1.2.2] Enunciado y denominación²³⁹

El enunciado o la denominación que se dé a una declaración unilateral proporciona un indicio acerca del efecto jurídico perseguido. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales respecto de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas.

1.3.3. [1.2.3] Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida²⁴⁰

Cuando un tratado prohíbe las reservas respecto del conjunto de sus disposiciones o de algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o por una organización internacional no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones

²³⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 219 a 222.

²³⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 222 y 223.

²³⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 224 a 229.

²³⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 230 a 235.

²⁴⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 235 y 236.

del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.

1.4. Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas²⁴¹

Las declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado que no sean reservas ni declaraciones interpretativas quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.1. [1.1.5] Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales²⁴²

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado, con objeto de asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado, constituye un compromiso unilateral que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.2. [1.1.6] Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado²⁴³

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional con objeto de agregar nuevos elementos a un tratado constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.3. [1.1.7] Declaraciones de no reconocimiento²⁴⁴

Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no entraña el reconocimiento de una entidad a la que no reconoce constituye una declaración de no reconocimiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado que hace la declaración y la entidad no reconocida.

²⁴¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 237 y 238.

²⁴² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 239 a 241.

²⁴³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 241 a 243.

²⁴⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 243 a 248.

1.4.4. [1.2.5] *Declaraciones de política general*²⁴⁵

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional, por la cual ese Estado o esa organización manifiesta su opinión acerca de un tratado o de la materia objeto del tratado, sin el propósito de producir un efecto jurídico sobre el tratado, constituye una declaración de política general que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.5. [1.2.6] *Declaraciones relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno*²⁴⁶

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional por la cual ese Estado o esa organización indica la manera en que aplicará un tratado en el ámbito interno, pero que no tiene por objeto afectar como tal sus derechos y obligaciones con respecto a las demás partes contratantes, constituye una declaración informativa que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.6. [1.4.6, 1.4.7] *Declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula facultativa*²⁴⁷

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional de conformidad con una cláusula de un tratado que autoriza expresamente a las partes a aceptar una obligación no impuesta de otro modo por el tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

Una restricción o condición incluida en tal declaración no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.4.7. [1.4.8] *Declaraciones unilaterales por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado*²⁴⁸

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional de conformidad con una cláusula de un tratado que obliga expresamente a las partes a elegir entre dos o varias disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

²⁴⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 248 a 251.

²⁴⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 252 a 256.

²⁴⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, págs. 215 a 222.

²⁴⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 222 a 228.

1.5. Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales²⁴⁹

1.5.1. [1.1.9] "Reservas" a los tratados bilaterales²⁵⁰

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o por una organización internacional después de la rúbrica o la firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, con objeto de obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado a la cual el Estado o la organización internacional condiciona la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.5.2. [1.2.7] Declaraciones interpretativas de tratados bilaterales²⁵¹

Los proyectos de directriz 1.2 y 1.2.1 son aplicables a las declaraciones interpretativas hechas respecto tanto de los tratados multilaterales como de los tratados bilaterales.

1.5.3. [1.2.8] Efecto jurídico de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte²⁵²

La interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o por una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte constituye la interpretación auténtica de ese tratado.

1.6. Alcance de las definiciones²⁵³

Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la admisibilidad y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

²⁴⁹ Véase el comentario en *ibíd.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 256 y 257.

²⁵⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 257 a 267.

²⁵¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 268 a 271.

²⁵² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 272 y 273.

²⁵³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 273 y 274.

1.7. Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas²⁵⁴

1.7.1. [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternativas a las reservas²⁵⁵

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como:

- La inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que limiten su ámbito o su aplicación;
- La concertación de un acuerdo, por el cual dos o varios Estados u organizaciones internacionales, en virtud de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en sus relaciones mutuas.

1.7.2. Alternativas a las declaraciones interpretativas²⁵⁶

A fin de precisar o de aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como:

- La inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo;
- La concertación de un acuerdo complementario con tal fin.

2. PROCEDIMIENTO

2.1. Forma y notificación de las reservas

2.1.1. Forma escrita²⁵⁷

Una reserva habrá de formularse por escrito.

²⁵⁴ Véase el comentario en *ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), págs. 228 y 229.

²⁵⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 230 a 247.

²⁵⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 247 a 250.

²⁵⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, N° 10* (A/57/10), págs. 46 a 51.

2.1.2. Forma de la confirmación formal²⁵⁸

La confirmación formal de una reserva habrá de hacerse por escrito.

2.1.3. Formulación de una reserva en el plano internacional²⁵⁹

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, se considerará que una persona representa a un Estado o a una organización internacional a efectos de formular una reserva:

a) Si esa persona presenta los adecuados plenos poderes para la adopción o la autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a un Estado para formular una reserva en el plano internacional:

a) Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;

b) Los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en esa conferencia;

c) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;

d) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.

²⁵⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 51 y 52.

²⁵⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 53 a 59.

2.1.4. [2.1.3 bis, 2.1.4] Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas²⁶⁰

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una reserva corresponderá al derecho interno de cada Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva.

2.1.5. Comunicación de las reservas²⁶¹

Una reserva habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.

2.1.6. [2.1.6, 2.1.8] Procedimiento de comunicación de las reservas²⁶²

Salvo que el tratado disponga o que los Estados y las organizaciones contratantes acuerden otra cosa, una comunicación relativa a una reserva a un tratado deberá ser transmitida:

- i) Si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes; o
- ii) Si hay depositario, a éste, quien la notificará lo antes posible a los Estados y a las organizaciones a que esté destinada.

Una comunicación relativa a una reserva se entenderá que ha quedado hecha por el autor de la reserva cuando haya sido recibida por el Estado o la organización a que fue transmitida o, en su caso, por el depositario.

²⁶⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 60 a 65.

²⁶¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 65 a 80.

²⁶² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 81 a 92.

El plazo para formular una objeción a una reserva comenzará a correr desde la fecha en que el Estado o la organización internacional haya recibido notificación de la reserva.

La comunicación relativa a una reserva a un tratado que se efectúe por correo electrónico o por telefax deberá ser confirmada por nota diplomática o notificación al depositario. En tal caso, se considerará que la comunicación ha sido hecha en la fecha del correo electrónico o del telefax.

2.1.7. *Funciones del depositario*²⁶³

El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en debida forma y, de ser necesario, señalará el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate.

De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de esta función, el depositario señalará la cuestión a la atención:

a) De los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o

b) Si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.

2.1.8. [2.1.7 bis] *Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]*²⁶⁴

Cuando una reserva sea manifiestamente [inadmisible] a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad].

Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará el texto de la reserva a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios y a los Estados y las organizaciones internacionales contratantes y, si corresponde, al órgano competente de la organización internacional interesada, con indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.

²⁶³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 93 a 101.

²⁶⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 101 a 104.

2.2.1. Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado²⁶⁵

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.2.2. [2.2.3] Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado²⁶⁶

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.2.3. [2.2.4] Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado²⁶⁷

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado, cuando el tratado establezca expresamente que un Estado o una organización internacional están facultados para hacer una reserva en ese momento, no tendrá que ser confirmada por el Estado o la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

...²⁶⁸

2.3.1. Formulación tardía de una reserva²⁶⁹

Salvo que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa reserva.

²⁶⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10*, (A/56/10), págs. 515 a 524.

²⁶⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 524 y 525.

²⁶⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 526 a 528.

²⁶⁸ La sección 2.3 propuesta por el Relator Especial se refiere a la formulación tardía de reservas.

²⁶⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 529 a 543.

2.3.2. Aceptación de la formulación tardía de una reserva²⁷⁰

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida seguida por el depositario sea diferente, se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada por una parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción a esa formulación dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido notificación de la reserva.

2.3.3. Objeción a la formulación tardía de una reserva²⁷¹

Si una parte contratante en un tratado se opone a la formulación tardía de una reserva, el tratado entrará o seguirá en vigor con respecto al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva sin que ésta sea efectiva.

2.3.4. Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas²⁷²

Una parte contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado mediante:

- a) La interpretación de una reserva hecha anteriormente; o
- b) Una declaración unilateral hecha ulteriormente en virtud de una cláusula facultativa.

2.4. Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas²⁷³

2.4.1. Formulación de declaraciones interpretativas²⁷⁴

Una declaración interpretativa deberá ser formulada por una persona a la que se considera que representa a un Estado o una organización internacional para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado.

²⁷⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 544 a 548.

²⁷¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 548 a 550.

²⁷² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 550 a 554.

²⁷³ Véase el comentario en *ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, pág. 104.

²⁷⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 105 y 106.

[2.4.2 [2.4.1 bis] Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno²⁷⁵

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una declaración interpretativa corresponderá al derecho interno de cada Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una declaración interpretativa haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa declaración.]

2.4.3. Momento en que se puede formular una declaración interpretativa²⁷⁶

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8], una declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento.

2.4.4. [2.4.5] Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado²⁷⁷

Una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.4.5. [2.4.4] Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado²⁷⁸

La declaración interpretativa condicional que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la declaración interpretativa al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la declaración interpretativa ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

²⁷⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 107 y 108.

²⁷⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 555 a 557.

²⁷⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 557 y 558.

²⁷⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 558 y 559.

2.4.6. [2.4.7] *Formulación tardía de una declaración interpretativa*²⁷⁹

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse en momentos determinados, un Estado o una organización internacional no podrá formular ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración.

2.4.7. [2.4.2, 2.4.9] *Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales*²⁸⁰

Una declaración interpretativa condicional habrá de formularse por escrito.

La confirmación formal de una declaración interpretativa condicional también habrá de hacerse por escrito.

Una declaración interpretativa condicional habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

Una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.]

2.4.8. *Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional*²⁸¹

Un Estado o una organización internacional no podrá formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración.

²⁷⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 560 a 562.

²⁸⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, págs. 108 a 110.

²⁸¹ Véase el comentario relativo a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 562 y 563. Este proyecto de directriz (que antes llevaba el número 2.4.7 [2.4.8]) se ha reenumerado al haberse aprobado nuevos proyectos de directriz en el 54° período de sesiones.

2.5. Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

2.5.1. Retiro de las reservas²⁸²

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

2.5.2. Forma del retiro²⁸³

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

2.5.3. Reexamen periódico de la utilidad de las reservas²⁸⁴

Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían proceder a un examen periódico de éstas y considerar el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que fueron hechas.

En tal examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberían prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de éste desde que se formularon dichas reservas.

2.5.4. [2.5.5] Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional²⁸⁵

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona será competente para retirar una reserva formulada en nombre de un Estado o de una organización internacional:

- a) Si presenta los adecuados plenos poderes a los efectos del retiro; o
- b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados o de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, son competentes para retirar una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

²⁸² Véase el comentario en la sección C.2 *infra*.

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*

- a) Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;
- b) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o ante uno de sus órganos, para el retiro de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;
- c) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para el retiro de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.

2.5.5. [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] *Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas*²⁸⁶

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para retirar una reserva corresponderá al derecho interno del Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido retirada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para el retiro de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de ese retiro.

2.5.6. *Comunicación del retiro de reservas*²⁸⁷

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se ajustará a las normas aplicables respecto de la comunicación de las reservas enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7.

2.5.7. [2.5.7, 2.5.8] *Efecto del retiro de una reserva*²⁸⁸

El retiro de una reserva entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto.

El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y un Estado o una organización internacional que había hecho una objeción a la reserva y se había opuesto a la entrada en

²⁸⁶ Ibíd.

²⁸⁷ Ibíd.

²⁸⁸ Ibíd.

vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva a causa de dicha reserva.

2.5.8. [2.5.9] *Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*²⁸⁹

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación.

Cláusulas tipo²⁹⁰

A. Aplazamiento de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto a la expiración de un plazo X [meses] [días] contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

B. Reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva²⁹¹

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

C. Libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva²⁹²

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha fijada por ese Estado en la notificación dirigida [al depositario].

2.5.9. [2.5.10] *Casos en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva pueden fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*²⁹³

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

²⁸⁹ Ibíd.

²⁹⁰ Ibíd.

²⁹¹ Ibíd.

²⁹² Ibíd.

²⁹³ Ibíd.

a) Esa fecha sea posterior a la fecha en que los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o

b) El retiro no confiera más derechos a su autor respecto de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes.

2.5.10. [2.5.11] Retiro parcial de una reserva²⁹⁴

El retiro parcial de una reserva limita el efecto jurídico de la reserva y asegura una aplicación más completa de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, al Estado o la organización internacional autor del retiro.

El retiro parcial de una reserva estará sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surtirá efecto en las mismas condiciones.

2.5.11. [2.5.12] Efecto del retiro parcial de una reserva²⁹⁵

El retiro parcial de una reserva modifica los efectos jurídicos de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva. Una objeción hecha a esa reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no las retire, en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada.

No se podrá hacer ninguna objeción a la reserva resultante del retiro parcial, a menos que ese retiro parcial tenga un efecto discriminatorio.

2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobado en el 55º período de sesiones de la Comisión

368. A continuación se transcribe el texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en su 55º período de sesiones.

Nota explicativa

Algunos proyectos de directriz de la Guía de la práctica van acompañados de cláusulas tipo. El empleo de esas cláusulas tipo puede presentar ciertas ventajas en circunstancias concretas. El usuario debe remitirse a los comentarios para apreciar las circunstancias que resulten apropiadas a la utilización de una cláusula tipo determinada.

²⁹⁴ Ibíd.

²⁹⁵ Ibíd.

Comentario

- 1) La Comisión estimó que sería útil incluir al principio de la Guía de la práctica unas "notas explicativas" destinadas a ilustrar a los usuarios de la Guía sobre la manera como se ha concebido ésta y el modo en que pueden utilizarla. Las cuestiones que surjan más adelante también figurarán en estas notas preliminares.
- 2) Esta primera nota explicativa tiene por objeto aclarar la función y el "modo de empleo" de las cláusulas tipo que acompañan algunos proyectos de directriz, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 47º período de sesiones²⁹⁶.
- 3) Estas cláusulas tipo tienen fundamentalmente por objeto proporcionar a los Estados y a las organizaciones internacionales ejemplos de disposiciones que quizás fuera útil incluir en el texto de un tratado para evitar las incertidumbres o los inconvenientes que puedan derivarse, en un caso determinado, de haber pasado en silencio un problema concreto relativo a las reservas a ese tratado.
- 4) Las cláusulas tipo se presentan como disposiciones alternativas entre las que se invita a los negociadores a elegir la que mejor corresponda a sus intenciones, en el buen entendimiento de que les corresponde adaptarlas, llegado el caso, a los objetivos perseguidos. Por esa razón, es esencial remitirse a los comentarios de las cláusulas tipo, para apreciar si se está en una situación en la que su inclusión en el tratado sería útil.

2.5. Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

Comentario

- 1) El objeto de la presente sección de la Guía de la práctica es precisar en qué condiciones, de fondo y de forma, se puede modificar o retirar una reserva.
- 2) Como en toda la Guía, el punto de partida de los proyectos de directriz incluidos en esta sección lo constituyen las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y

²⁹⁶ Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones, *Anuario...*, 1995, vol. II, segunda parte, pág. 111, párr. 487 b).

de 1986 relativas a esta materia. Dichas disposiciones se enuncian en el párrafo 1 y el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 y en el párrafo 4 del artículo 23 de las Convenciones, que sólo abordan la cuestión del retiro de las reservas con exclusión de la de su modificación. La Comisión ha tratado de llenar esa laguna proponiendo unas directrices con respecto al comportamiento a observar ante unas declaraciones de las partes en un tratado encaminadas a modificar el contenido de una reserva hecha anteriormente, independientemente de que la modificación tenga por objeto restringir el alcance de la reserva o ampliarlo²⁹⁷.

3) La Comisión estimó oportuno, para comodidad de los usuarios, incluir en la sección 2.5 todos los proyectos de directriz relativos al retiro de las reservas, sin limitarse estrictamente al procedimiento, objeto del capítulo 2 de la Guía. En consecuencia, los proyectos de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] y 2.5.11 [2.5.12] versan sobre los efectos del retiro total o parcial de una reserva.

2.5.1. Retiro de las reservas

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2.5.1 reproduce el texto del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, que a su vez recoge el del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1969, agregándole la referencia a las organizaciones internacionales. Esas disposiciones apenas fueron cuestionadas durante los trabajos preparatorios.

2) Los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados se ocuparon tarde, y sólo en cierta medida, de la cuestión del retiro de las reservas. J. L. Brierly y Sir Hersch

²⁹⁷ Véanse los proyectos de directriz 2.5.10 [2.5.11] y 2.5.11 [2.5.12].

Lauterpacht, a quienes preocupaba la admisibilidad de una reserva, no dedicaron ningún proyecto de artículo a la cuestión del criterio aplicable al retiro de las reservas²⁹⁸. Fue sólo en 1956 cuando, en su primer informe, Sir Gerald Fitzmaurice propuso un proyecto de párrafo 3 del artículo 40 con la siguiente redacción:

"Toda reserva puede ser retirada en cualquier momento, aun después de admitida, previa notificación en debida forma. En este caso, el Estado que anteriormente hubiese hecho la reserva quedará automáticamente obligado a cumplir íntegramente la disposición del tratado a que se refiere la reserva y estará a su vez autorizado a exigir el cumplimiento de dicha disposición por las otras Partes."²⁹⁹

3) Este proyecto no fue discutido por la Comisión pero, en su primer informe, Sir Humphrey Waldock retomó la idea en un proyecto de artículo 17 relativo al "Poder para formular y retirar reservas"³⁰⁰ que establecía el principio del "derecho absoluto de un Estado a retirar una reserva unilateralmente, aun cuando la reserva haya sido aceptada por otros Estados"³⁰¹.

"El Estado que haya formulado una reserva está en libertad de retirarla unilateralmente, ya sea en todo o en parte, en cualquier momento, tanto si la reserva ha sido aceptada como si ha sido rechazada por los demás Estados interesados. El retiro de la reserva se efectuará mediante notificación escrita al depositario de los instrumentos relativos al tratado y, si no hubiere tal depositario, a todos los Estados que sean o tengan derecho a ser Partes en el tratado"³⁰².

Aunque esta propuesta no fue discutida en sesión plenaria, el Comité de Redacción introdujo modificaciones de gran calado que, si bien mantuvieron intacto su espíritu,

²⁹⁸ A lo más, Lauterpacht mencionó algunas propuestas hechas en abril de 1954 a la Comisión de Derechos Humanos sobre las reservas al "Pacto de Derechos Humanos", que contemplaban expresamente la posibilidad de retirar una reserva mediante una mera notificación al Secretario General de las Naciones Unidas (segundo informe sobre el derecho de los tratados, documento A/CN.4/87, págs. 29 a 31, párr. 7; el texto inglés figura en *Yearbook...*, 1954, vol. II, págs. 131 y 132).

²⁹⁹ *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 115, documento A/CN.4/101. Comentando esta disposición, Sir Gerald Fitzmaurice se limitó a afirmar que no exigía explicación (ibíd., pág. 131, párr. 101).

³⁰⁰ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 60.

³⁰¹ Ibíd., pág. 76, documento A/CN.4/144, párr 12) del comentario del artículo 17.

³⁰² Párrafo 6 del proyecto de artículo 17, ibíd., pág. 60.

afectaron tanto a su redacción como a su contenido, puesto que el nuevo proyecto de artículo 19, exclusivamente dedicado al "Retiro de las reservas", ya no mencionaba el procedimiento de notificación del retiro sino que incluía un párrafo 2 dedicado a los efectos del retiro³⁰³. Este proyecto fue adoptado con la adición de una frase en la que se precisaba, en el primer párrafo, la fecha en que surtía efecto el retiro³⁰⁴. A tenor del artículo 22 del proyecto aprobado en primera lectura:

"1. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento sin que fuere necesario el consentimiento de los Estados que las hubieren aceptado. La retirada surtirá efecto cuando los demás Estados interesados recibieren la notificación de la retirada.

2. Una vez retirada la reserva, dejarán de aplicarse las disposiciones del artículo 21 de los presentes artículos."³⁰⁵

4) Sólo tres Estados formularon observaciones al proyecto de artículo 22³⁰⁶, como consecuencia de lo cual fue retocado por el Relator Especial, que propuso³⁰⁷:

- dar a la disposición el carácter de norma supletoria;

³⁰³ A petición de Bartoš (*Anuario...*, 1962, vol. I, 664ª sesión, 19 de junio de 1962, párr. 67, pág. 251).

³⁰⁴ *Ibíd.*, párrs. 68 a 71 y 667ª sesión, 25 de junio de 1962, pág. 272, párrs. 73 a 75.

³⁰⁵ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 210, documento A/5209; el artículo 21 trataba de la "Aplicación de las reservas".

³⁰⁶ Cuarto informe de Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 58, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2. Israel consideraba que la notificación debía hacerse por conducto del depositario mientras que complacía a los Estados Unidos de América "la disposición de que la retirada de la reserva "surtirá efecto cuando los demás Estados interesados recibieren la notificación de retirada""; el comentario del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se refería a la fecha en la que debía surtir efecto el retiro; (véase *infra*, comentario del proyecto de directriz 2.5.8, párr. 4)); para el texto de las observaciones de estos tres Estados, véase *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 324 (Estados Unidos), 337 (Israel, párr. 14) y 383 (Reino Unido).

³⁰⁷ Para el texto del proyecto propuesto por Waldock, véase *ibíd.*, pág. 59, o *Anuario...*, 1965, vol. I, 800ª sesión, 11 de junio de 1965, pág. 182, párr. 43.

- precisar que corresponde al depositario, en caso de que exista, notificar el retiro;
- una moratoria parcial en cuanto a la fecha en que debe surtir efecto el retiro³⁰⁸.

5) Con ocasión del examen de estas propuestas, dos miembros de la Comisión sostuvieron que, cuando un Estado acepta una reserva formulada por otro Estado, el resultado es un acuerdo entre ambas Partes³⁰⁹. Esta tesis apenas concita apoyo y la mayoría es partidaria de la idea, expresada por Bartoš, de que "normalmente un tratado se celebra para aplicarlo íntegro, y las reservas son una excepción meramente tolerada"³¹⁰. A raíz de esta discusión, el Comité de Redacción prácticamente retomó, con una formulación diferente, las dos ideas del párrafo 1 del texto de 1962³¹¹. Este fue el texto finalmente adoptado³¹², que se convirtió en el proyecto final del artículo 20 ("Retiro de reservas"):

"1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que haya aceptado la reserva.

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido algo distinto, el retiro surtirá efecto únicamente cuando su notificación haya sido recibida por los demás Estados contratantes."³¹³

³⁰⁸ Sobre este último punto, véase el párrafo 4) del comentario del proyecto de directriz 2.5.8.

³⁰⁹ Véanse las intervenciones de Verdross y (menos claramente) Amado, 800ª sesión, 11 de junio de 1965, pág. 182, párr. 49, y pág. 183, párr. 60.

³¹⁰ *Ibíd.*, pág. 183, párr. 50.

³¹¹ Véase *supra*, párr. 3); para el primer texto adoptado por el Comité de Redacción en 1965, véase *Anuario...*, 1965, vol. I, 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 283, párr. 22.

³¹² Véase *Anuario...*, 1965, vol. I, 816ª sesión, págs. 295 y 296, párrs. 56 a 60, y *Anuario...*, 1966, vol. I (segunda parte), pág. 334, párr. 106.

³¹³ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 229, documento A/6309/Rev.1; redactado en los mismos términos, el texto correspondiente era el artículo 22 del proyecto de 1965 (*Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 173, documento A/6009).

6) El comentario de esta disposición reproducía, con algo más de precisión, el de 1962³¹⁴. En particular, la Comisión opinaba que "debe presumirse que las partes en un tratado desean que el Estado que ha formulado una reserva la retire, a menos que se haya incluido en el tratado una limitación con respecto a la retirada de reservas"³¹⁵.

7) En la Conferencia de Viena, el texto de este proyecto de artículo (que se convirtió en el artículo 22 de la Convención) se reprodujo sin cambios, aunque se propusieron algunas enmiendas de escasa entidad³¹⁶. No obstante, a propuesta de Hungría se adoptaron dos adiciones importantes:

- en primer lugar, se decidió adaptar el procedimiento de retiro de objeciones a las reservas al de retiro de las propias reservas³¹⁷; y,
- en segundo lugar, se añadió un párrafo 4 al artículo 23 para precisar que el retiro de las reservas (y de las objeciones) debía hacerse por escrito³¹⁸.

8) Partiendo del principio de que "no hay razón alguna para colocar a las organizaciones internacionales en una situación diferente de la de los Estados en materia de reservas", en

³¹⁴ Véase *supra*, párr. 3).

³¹⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 229.

³¹⁶ Véase la lista y el texto de estas enmiendas y subenmiendas en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.5), *Documentos de la Comisión Plenaria*, págs. 151 y 152, párrs. 205 a 211.

³¹⁷ Para el texto de la enmienda de Hungría, véase A/CONF.39/L.18, reproducido en *Documentos Oficiales...*, *supra*, nota 316, pág. 287; para su examen, véanse los debates de la 11ª sesión plenaria de la Conferencia (30 de abril de 1969) en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.6), págs. 38 a 40, párrs. 14 a 41.

³¹⁸ Por lo que respecta a esta enmienda, véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.2, párr. 2).

su cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, Paul Reuter se limitó a presentar "proyectos de artículo que extienden a los acuerdos en que son parte las organizaciones internacionales las normas establecidas en los artículos 19 a 23 de la Convención de 1969" con el único matiz de "modificaciones de redacción menores"³¹⁹. Este fue el caso del artículo 22, en el que el Relator Especial se limitó a añadir la mención de las organizaciones internacionales, y del artículo 23, párrafo 4, que reprodujo en términos idénticos³²⁰. Tales propuestas fueron aceptadas sin modificaciones por la Comisión³²¹ y mantenidas en la segunda lectura³²². La Conferencia de Viena de 1986 no introdujo en ella ningún cambio sustantivo³²³.

9) De las disposiciones así aprobadas se desprende que el retiro de una reserva es un acto unilateral. De este modo, se pone fin a una controversia que mantuvo ocupada largo tiempo a la doctrina en relación con la naturaleza del retiro: ¿es una decisión unilateral o

³¹⁹ *Anuario...*, 1975, vol. II, págs. 38 y 39, documento A/CN.4/285, párrafo 5) del comentario general de la sección 2.

³²⁰ *Ibíd.*, págs. 40 y 41 y quinto informe, *Anuario...*, 1976, vol. II (primera parte), págs. 158 y 159.

³²¹ Véanse los debates de la Comisión de 1977: 1434ª sesión, 6 de junio de 1977, *Anuario...*, 1977, vol. I, págs. 106 y 107, párrs. 30 a 34; 1435ª sesión, 7 de junio de 1977, *ibíd.*, págs. 109 y 110, párrs. 1 y 2; 1451ª sesión, 1º de julio de 1977, *ibíd.*, pág. 208, párrs. 12 a 16, y el informe de la Comisión, *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), págs. 115 y 116.

³²² Los Estados y las organizaciones internacionales no formularon ninguna observación sobre estas disposiciones. Véanse el décimo informe de Paul Reuter, *Anuario...*, 1981, vol. II (primera parte), págs. 71 y 72; los debates de la Comisión: 1652ª sesión, 15 de mayo de 1981, *Anuario...*, 1981, vol. I, págs. 54 y 55, párrs. 27 a 29; 1692ª sesión, 16 de julio de 1981, *ibíd.*, pág. 267, párrs. 38 a 41; el informe de la Comisión, *Anuario...*, 1981, vol. II (segunda parte), pág. 146, y el informe final de 1982, *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 39.

³²³ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, 18 de febrero a 21 de marzo de 1986*, vol. I, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.94.V.5), vol. I, quinta sesión plenaria (18 de marzo de 1986), pág. 14, párrs. 62 y 63.

un acto convencional?³²⁴. El párrafo 1 del artículo 22 de las dos Convenciones de Viena se inclina acertadamente a favor de la primera postura. Como señaló la Comisión de Derecho Internacional en el comentario del proyecto aprobado en primera lectura³²⁵:

"Se ha sostenido algunas veces que cuando un Estado acepta una reserva formulada por otro Estado, no se la puede retirar sin el consentimiento del que la aceptó porque la aceptación de la reserva establece entre los dos Estados un régimen que no puede modificarse sin el acuerdo de ambos. Sin embargo, la Comisión estima preferible la norma según la cual el Estado que formula la reserva puede, cuando lo desee, modificar su actitud para conformarse con todas las disposiciones del tratado, tal como fue aprobado."³²⁶

10) La Comisión sigue manteniendo esa opinión. Por definición, una reserva es un acto *unilateral*³²⁷ aun cuando los Estados o las organizaciones internacionales puedan alcanzar mediante acuerdos resultados comparables a los que producen las reservas³²⁸; sin embargo, la elección de la reserva implica, justamente por contraste, una medida unilateral.

11) Probablemente puede objetarse a lo que antecede que, conforme al artículo 20 de las Convenciones de Viena, una reserva formulada por un Estado o una organización internacional y no prevista expresamente por el tratado sólo surtirá efecto en relación con las partes que la hayan aceptado, al menos implícitamente. Sin embargo, por un lado, tal aceptación no modifica la naturaleza de la reserva (hace que surta efecto, pero se trata claramente de un acto unilateral distinto) y, por otro, y sobre todo, se trata de un

³²⁴ Sobre esta discusión doctrinal, véase especialmente Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, París, 1979, pág. 288, o Franck Horn, *Reservations and Interpretative Declarations*, T.M.C. Asser Instituut, 1988, págs. 223 y 224, y las referencias allí citadas. Para una tímida manifestación de esta controversia durante los trabajos preparatorios del artículo 22, véase *supra*, párr. 5).

³²⁵ Véase *supra*, párr. 3).

³²⁶ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 210, documento A/5209, párrafo 1) del comentario del artículo 22.

³²⁷ Véase el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena y el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica.

³²⁸ Véase el proyecto de directriz 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4].

razonamiento extremadamente formalista que no tiene en cuenta el interés en limitar el número y el alcance de las reservas en aras de la integridad del tratado. Como se ha señalado con razón³²⁹, en principio los firmantes de un tratado multilateral esperan que sea aceptado en su integridad y existe al menos una presunción de que las reservas son un mal necesario que los demás contratantes lamentan. Tampoco es ocioso observar que, aunque el retiro de reservas a veces ha sido objeto de regulación³³⁰, nunca ha sido prohibido por una disposición convencional³³¹.

12) Por lo demás, la Comisión no tiene constancia de que el retiro unilateral de las reservas haya dado lugar alguna vez a dificultades particulares y ninguno de los Estados o de las organizaciones internacionales que han respondido al cuestionario de la Comisión sobre las reservas³³² han mencionado problemas a este respecto. El reconocimiento de tal derecho de retiro también es conforme a la letra o al espíritu de las cláusulas expresas de los tratados en materia de retiro de reservas que, o están redactadas en términos similares a los del párrafo 1 del artículo 22³³³, o tratan de fomentar el retiro animando a los Estados a retirarlas "tan pronto como las circunstancias lo permitan"³³⁴. En el mismo sentido, las

³²⁹ Véase *supra*, párr. 5).

³³⁰ Véase el comentario de los proyectos de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] y 2.5.8 [2.5.9].

³³¹ Véase Luigi Migliorino, "La revoca di riserve e di obiezioni a riserve", *Rivista di diritto internazionale*, 1994, pág. 319.

³³² Véanse en especial, en el cuestionario dirigido a los Estados, las preguntas 1.6, 1.6.1, 1.6.2 y 1.6.2.1 relativas al retiro de las reservas.

³³³ Véanse los ejemplos que da P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 287, nota 19, o F. Horn, *supra*, nota 324, pág. 437, nota 1. Véase también, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 42 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, o el párrafo 1 del artículo 12 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, de 29 de abril de 1958; el párrafo 3 del artículo 26 de la Convención Europea sobre establecimiento, de 13 de diciembre de 1955, o la cláusula tipo del Consejo de Europa, de 1962, que figura en los "Modelos de cláusulas finales" enunciados en un Memorando de la Secretaría (CM(62)148, 13 de julio de 1962, págs. 6 y 10).

³³⁴ Véase, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 167 del Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas, de 5 de octubre de 1973, y los otros ejemplos citados por P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 287, nota 20, o por F. Horn, *supra*, nota 324, pág. 437, nota 2.

organizaciones internacionales y los órganos de control de los tratados sobre derechos humanos multiplican las recomendaciones de que los Estados retiren las reservas que hayan formulado al ratificarlos o adherirse a ellos³³⁵.

13) Tales objetivos justifican igualmente que el retiro de una reserva pueda producirse "en cualquier momento"³³⁶, lo que significa incluso antes de la entrada en vigor del tratado para el Estado que retira una reserva formulada anteriormente³³⁷, aunque la Comisión no tiene conocimiento de ningún caso de este tipo³³⁸.

³³⁵ Véanse los ejemplos citados en el comentario del proyecto de directriz 2.5.3, *infra*, nota 369.

³³⁶ Ciertamente, uno de los momentos privilegiados para proceder al retiro de reservas es el de la sucesión de Estados ya que, en ese momento, el Estado que accede a la independencia puede expresar la intención de no mantener las reservas del Estado predecesor (véase el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978). Esa situación se abordará en la parte de la Guía de la práctica dedicada al estado de las reservas y las declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados.

³³⁷ Esta posibilidad se prevé expresamente en las cláusulas finales de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, de su Protocolo adicional y de la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera, todos ellos de 4 de junio de 1954 (párr. 5); véase *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 111, documento A/5687, segunda parte, anexo II, párr. 2. Existen muchos ejemplos de casos en los que un Estado que había formulado una reserva en el momento de la firma renuncia a ella posteriormente de resultas de observaciones formuladas por otros signatarios o por el depositario (véanse los ejemplos citados por F. Horn, *supra*, nota 324, págs. 345 y 346); pero entonces no se trata de retiros propiamente dichos; véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.2, párrs. 7) y 8).

³³⁸ Por el contrario, pueden citarse algunos casos de reservas retiradas muy poco después de su formulación. Véase, por ejemplo, la respuesta de Estonia a la pregunta 1.6.2.1 del cuestionario de la Comisión de Derecho Internacional: las restricciones a la aceptación de los anexos III a V de la Convención Internacional para la prevención de la contaminación del mar originada por buques, de 1973 (modificada por el Protocolo de 1978), a la que se había adherido el 2 de diciembre de 1991, se levantaron el 28 de julio de 1992, en cuanto consideró que estaba en condiciones de cumplir los requisitos previstos en tales instrumentos; por su parte, el Reino Unido manifiesta haber retirado, con efectos retroactivos desde la fecha de la ratificación y tres meses después de haberla formulado, una reserva al Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, de 1959.

14) El carácter consuetudinario que actualmente tienen las normas enunciadas en el párrafo 1 del artículo 22 y el párrafo 4 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y reproducidas en el proyecto de directriz 2.5.1 no parece que sea cuestionado³³⁹ y responde a la práctica seguida generalmente en la materia³⁴⁰.

15) La formulación elegida no suscita ninguna crítica particular. A lo sumo se puede lamentar la salvedad que se hace al comienzo de la disposición ("Salvo que el tratado disponga otra cosa..."), cuya supresión han sugerido algunos miembros de la Comisión. Esta precisión, que figuraba en el proyecto final de la Comisión de Derecho Internacional, aunque no en el de 1962³⁴¹, fue introducida por el Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, a raíz de las observaciones de los gobiernos³⁴² y confirmada por el Comité de Redacción en el 17º período de sesiones, celebrado en 1965³⁴³. Huelga decir que la mayoría de las disposiciones de las Convenciones de Viena y, en cualquier caso, todas las normas de procedimiento que contienen, tienen carácter supletorio y deben entenderse "sin perjuicio de las disposiciones convencionales en contrario"; lo mismo puede decirse, con mayor motivo, en relación con la Guía de la práctica. Desde este punto de vista, la precisión incluida al comienzo del párrafo 1 del artículo 22 parece superflua; pero, en

³³⁹ Véase L. Migliorino, *supra*, nota 331, págs. 320 y 321, o Renata Szafarz, "Reservations to Multilateral Treaties", *Polish Yearbook of International Law*, 1970, pág. 313.

³⁴⁰ Véase *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, ST/LEG/7/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta F.94.V.15), pág. 64, párr. 216. Los pocos Estados que han dado indicaciones a este respecto en sus respuestas al cuestionario sobre las reservas (pregunta 1.6.2.1) indican que los retiros de reservas que han efectuado han sido consecuencia de una modificación de su derecho interno (Colombia, Dinamarca, Estados Unidos, Israel, Reino Unido, Suecia, Suiza) o de una reconsideración de sus intereses (Israel). Sobre los motivos del retiro, véase Jean-François Flauss, "Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux", *A.F.D.I.* 1986, págs. 860 y 861.

³⁴¹ Véase *supra*, párrs. 3) y 5).

³⁴² Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1965, vol. II, págs. 58 y 59, véase también *ibíd.*, vol. I, 800ª sesión, 11 de junio de 1965, pág. 182, párr. 45.

³⁴³ *Ibíd.*, 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 283, párr. 21.

opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión, no es ello motivo suficiente para modificar la formulación elegida en 1969 y conservada en 1986.

16) Al remitirse a las cláusulas convencionales, esta precisión parece justificar la inclusión de cláusulas tipo en la Guía de la práctica. No obstante, no se trata tanto de una cuestión de mero procedimiento como de un problema relacionado con los efectos del retiro; efectivamente, esta alusión a las disposiciones convencionales en contrario constituye un reflejo atenuado de las preocupaciones que habían expuesto algunos miembros de la Comisión y varios gobiernos en cuanto a las dificultades que podrían derivarse de un retiro repentino de una reserva³⁴⁴. Para atender esas preocupaciones, tal vez sea prudente incluir limitaciones al derecho a retirar las reservas en cualquier momento en una disposición expresa del tratado³⁴⁵.

2.5.2. Forma del retiro

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz reproduce los términos del párrafo 4 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que están redactados de la misma manera.
- 2) Mientras que el párrafo 7 del proyecto de artículo 17, aprobado en primera lectura por la Comisión en 1962 exigía que el retiro de una reserva se efectuase "mediante notificación escrita al depositario"³⁴⁶, el proyecto de 1966 no decía nada acerca de la forma del retiro. Varios Estados hicieron propuestas encaminadas a restablecer el requisito de la forma

³⁴⁴ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.8, párr. 4).

³⁴⁵ Véanse las cláusulas tipo propuestas por la Comisión en relación con el proyecto de directriz 2.5.8.

³⁴⁶ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 76, documento A/CN.4/144, pág. 70; véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 5).

escrita³⁴⁷ para "poner esta disposición en consonancia con el artículo 18 [23 en el texto definitivo de la Convención], en el que se dice que la reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito"³⁴⁸. Aunque K. Yasseen consideró que se trataba de "una innecesaria condición adicional en un procedimiento que debe facilitarse en la medida de lo posible"³⁴⁹, el principio fue adoptado por unanimidad³⁵⁰ y se decidió hacer esta precisión, no en el propio artículo 20, sino en el artículo 23 dedicado al "Procedimiento relativo a las reservas" en general, el cual, por la inclusión de este nuevo párrafo 4, fue colocado al final de la sección³⁵¹.

3) Aunque Yasseen estaba en lo cierto cuando en la Conferencia de 1969 insistió en que el procedimiento de retiro "debe facilitarse en la medida de lo posible"³⁵², no conviene exagerar la carga que se deriva de exigir la forma escrita al Estado que lleva a cabo el retiro. Además, aunque la regla del paralelismo de las formas no es un principio absoluto en derecho internacional³⁵³, sería incongruente que una reserva, para la que es indudable

³⁴⁷ Véanse las enmiendas propuestas por Austria y Finlandia (A/CONF.39/C.1/L.4 y Add.1), Hungría (A/CONF.39/C.1/L.178 y A/CONF.39/L.17) y los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.171) reproducidas en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.5), *Documentos de la Comisión Plenaria*, págs. 151, 152 y 289.

³⁴⁸ Intervención de la Sra. Bokor-Szegó (Hungría) en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.6), pág. 38, párr. 13.

³⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 40, párr. 39.

³⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 40, párr. 41.

³⁵¹ *Ibíd.*, 29ª sesión, 19 de mayo de 1969, pág. 169, párrs. 10 a 13. Véase José María Ruda, "Reservations to Treaties", *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, pág. 194.

³⁵² Véase *supra*, nota 349.

³⁵³ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.4, párr. 6).

que se exige la forma escrita³⁵⁴, pueda ser revocada por una mera declaración oral. Ello acarrearía graves incertidumbres para las demás Partes contratantes, que habrían recibido el texto escrito de la reserva, pero que no estarían necesariamente al corriente de su retiro³⁵⁵.

4) No obstante, la Comisión se preguntó si el retiro de una reserva no podía ser implícito y producirse como resultado de circunstancias que no fueran el retiro formal.

5) Ciertamente, como señala J. M. Ruda, "no se puede presumir el retiro de una reserva"³⁵⁶. No obstante, se plantea la cuestión de saber si ciertos actos o comportamientos de un Estado o de una organización internacional no deberían asimilarse al retiro de una reserva.

6) Es cierto que, por ejemplo, la celebración, entre las mismas partes, de un tratado posterior que incluya disposiciones idénticas a otras entre las que hubiera una reserva que no figurase en el segundo tratado tiene, en la práctica, el mismo efecto que el retiro de la reserva inicial³⁵⁷. Simplemente se trata de un instrumento diferente y la obligación del Estado que haya hecho la reserva al primer tratado se derivará del segundo y no del primero; en el caso de que, por ejemplo, un tercer Estado que no fuera parte en el segundo tratado se adhiciese al primero, la reserva produciría pleno efecto en las relaciones de ese Estado con el autor de la reserva.

³⁵⁴ Véase el proyecto de directriz 2.1.1.

³⁵⁵ En este sentido, J. M. Ruda, *supra*, nota 351, págs. 195 y 196.

³⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 196.

³⁵⁷ A favor de esta interpretación: Jean-François Flauss, *supra*, nota 340, págs. 857 y 858; en contra: F. Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, Économica, París, 1984, págs. 34 y 35 (citado por Flauss, pág. 858).

7) De igual modo, la no confirmación de una reserva hecha a la firma en el momento en que se manifieste el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado³⁵⁸ no se consideraría retiro de la reserva: ciertamente ha sido "formulada", pero, al no haber confirmación formal, no se ha "hecho" ni es "efectiva"³⁵⁹. Su autor simplemente renunció a ella una vez transcurrido el tiempo de reflexión entre el momento de la firma y el de la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación.

8) Se ha cuestionado este razonamiento argumentando, en esencia, que la reserva existe antes incluso de ser confirmada y que hay que tenerla en cuenta para apreciar el alcance de las obligaciones que competen al Estado o a la organización internacional signatarios en virtud del artículo 18 de las Convenciones sobre el derecho de los tratados; y, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 23, "la aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva antes de la confirmación de ésta, no tendrán que ser a su vez confirmadas"³⁶⁰. Sin embargo, como hace observar el mismo autor: "Cuando no se haya renovado [confirmado] una reserva, de manera expresa o no, no se produce ningún cambio, ni para el Estado autor de la reserva, ni en las relaciones de éste con las otras partes, puesto que hasta ese momento el Estado no estaba obligado por el tratado. Por el contrario, si el retiro se realiza tras ser depositado el documento de ratificación o de adhesión, las obligaciones del Estado que formula la reserva aumentan en la medida que establezca la reserva y dicho Estado podrá quedar obligado por primera vez por el tratado con las partes que hubieran presentado objeciones a su reserva. Por tanto, ese retiro modifica la aplicación del tratado mientras que la no confirmación, desde este punto de vista, no

³⁵⁸ Véase el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y el proyecto de directriz 2.2.1 y su comentario en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 515 a 524.

³⁵⁹ No obstante, a veces, a la no confirmación se la denomina (erróneamente) "retiro"; véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, a 31 de diciembre de 2000 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.01.V.5), vol. I, pág. 382, nota 17, en relación con la no confirmación por el Gobierno de Indonesia de reservas formuladas a la firma de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

³⁶⁰ Pierre-Henri, Imbert, *supra*, nota 324, pág. 286.

influye para nada"³⁶¹. Los efectos de la no confirmación y del retiro son por tanto demasiado diferentes para que puedan equipararse ambas instituciones.

9) Asimismo parece imposible considerar que se retira una reserva que ya ha expirado. Efectivamente, se da el caso de que una cláusula de un tratado limite la duración de la validez de las reservas³⁶². Pero la expiración resultante de la reserva es consecuencia del hecho jurídico constituido por el transcurso del tiempo hasta el término fijado, mientras que el retiro es un acto jurídico unilateral que expresa la voluntad de su autor.

10) Así sucede también cuando la misma reserva prevé un plazo de vigencia, como a veces ocurre. De este modo, en su respuesta al cuestionario sobre las reservas³⁶³, Estonia señaló que había limitado a un año su reserva al Convenio Europeo de Derechos Humanos porque "el plazo de un año se considera suficiente para enmendar las leyes correspondientes"³⁶⁴.

³⁶¹ *Ibíd.*, se omite la nota de pie de página.

³⁶² Véase, por ejemplo, el artículo 12 del Convenio del Consejo de Europa sobre la unificación del derecho de patentes, de 1963, que prevé la posibilidad de reservas no renovables por períodos de 5 ó 10 años como máximo a ciertas de sus disposiciones, y un anexo del Convenio Europeo sobre responsabilidad civil nacida de daños causados por vehículos automóviles, de 1973, que confiere a Bélgica la facultad de formular una reserva en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio; véanse también los ejemplos que da Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, págs. 499 y 500, o P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 287, nota 21, y el artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, en que se limita a siete años el plazo para rechazar la competencia de la Corte en materia de crímenes de guerra. Otros convenios del Consejo de Europa sólo autorizan reservas temporales, si bien renovables, como es el caso del Convenio sobre la adopción de menores, de 24 de abril de 1967, y del Convenio sobre la condición jurídica de los nacidos fuera del matrimonio, de 15 de octubre de 1975; como consecuencia de las dificultades surgidas en relación con la aplicación de estas disposiciones (véase Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Consejo de Europa, 1999, págs. 101 y 102), en las nuevas cláusulas de reservas incluidas en los Convenios adoptados en el marco del Consejo de Europa se estipula que la no renovación conlleva la desaparición de la reserva (véase el párrafo 2 del artículo 38 del Convenio de derecho penal sobre la corrupción, de 1999).

³⁶³ Respuestas a las preguntas 1.6 y 1.6.1.

³⁶⁴ Véanse también los ejemplos que ofrece J. Polakiewicz, *supra*, nota 362, págs. 102 a 104. También puede darse el caso de que un Estado, en el momento de formular una reserva, indique

En ese caso, la reserva deja de estar en vigor no por su retiro sino por las condiciones de validez establecidas en la misma reserva.

11) Conviene mencionar asimismo la cuestión de las denominadas "reservas olvidadas" (*forgotten reservations*)³⁶⁵. Las situaciones de este tipo, que no son raras³⁶⁶ aunque sean difíciles de evaluar con precisión, y que se producen sin duda, en general, por la negligencia de las autoridades competentes o por falta de suficiente coordinación entre los servicios correspondientes, no deja de plantear inconvenientes. Incluso puede ocasionar un verdadero embrollo jurídico, en particular en los Estados con un sistema jurídico monista³⁶⁷. Además, puesto que las leyes internas son "simples hechos" desde el punto de vista del derecho internacional³⁶⁸, ya se considere el Estado en cuestión monista o dualista, la reserva que no ha sido retirada, habiendo sido hecha en el plano internacional, seguirá, en principio, produciendo todos sus efectos y su autor podrá hacerla valer respecto de otras partes, si bien una actitud de este tipo podría ser dudosa desde el punto de vista del principio de la buena fe.

que la retirará lo antes posible (véase la reserva de Malta a los artículos 13, 15 y 16 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *Traités multilatéraux...*, *supra*, nota 359, pág. 240; véanse también las reservas de Barbados al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *ibíd.*, vol. I, pág. 167).

³⁶⁵ J. F. Flauss, *supra*, nota 340, pág. 861, o F. Horn, *supra*, nota 324, pág. 223.

³⁶⁶ Véase J. F. Flauss *supra*, nota 340, pág. 861; véanse en las páginas 861 y 862 los ejemplos relacionados con Francia mencionados por ese autor.

³⁶⁷ En esos Estados los jueces deben aplicar los tratados (salvo las reservas) debidamente ratificados, que tienen prioridad en general sobre las leyes internas, incluso las posteriores (véase el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 y las numerosas disposiciones constitucionales que lo reproducen o se inspiran en él de los países africanos francófonos); puede llegarse así a la paradoja de que, en un Estado que haya puesto su derecho interno en consonancia con un tratado, sea no obstante este tratado en la forma ratificada (por tanto con los recortes de la disposición o las disposiciones que hayan sido objeto de reservas) el que prevalezca si la reserva no se ha retirado formalmente. El problema es menos grave en los Estados con un sistema de carácter dualista: los tratados internacionales no son aplicables por sí mismos de modo que, en todos los casos, los jueces nacionales aplicarán el texto *interno* más reciente.

12) Según la mayoría de los miembros de la Comisión, esta serie de ejemplos demuestra que el retiro de una reserva no puede ser nunca implícito: hay retiro sólo si el autor de la reserva declara formalmente y por escrito en aplicación de la norma enunciada en el párrafo 4 del artículo 23 de las Convenciones de Viena y reproducida en el proyecto de directriz 2.5.2 que tiene la intención de renunciar a ella. No obstante, aunque compartían esa manera de ver, algunos miembros de la Comisión estimaron que la manifestación por un Estado o una organización internacional de su intención de renunciar a una reserva producía consecuencias jurídicas inmediatas a semejanza de las obligaciones que incumben a un Estado signatario de un tratado en aplicación de las disposiciones del artículo 18 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

2.5.3. *Reexamen periódico de la utilidad de las reservas*

Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían proceder a un reexamen periódico de éstas y considerar el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que fueron hechas.

En tal examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberían prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de éste desde que se formularan dichas reservas.

Comentario

1) Cada vez con mayor frecuencia, los órganos encargados del control de la aplicación de los tratados, sobre todo, aunque no exclusivamente, en la esfera de los derechos humanos, exhortan a los Estados a reexaminar sus reservas y, de ser posible, a renunciar a ellas. A menudo, esos llamamientos son reiterados por los órganos políticos de las organizaciones internacionales de vocación general, como la Asamblea General de las Naciones Unidas o

³⁶⁸ Véase *C.P.J.I.*, sentencia de 25 de mayo de 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Serie A, N° 7, pág. 19.

el Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁶⁹. El proyecto de directriz 2.5.3 atiende a esas preocupaciones.

2) La Comisión es consciente de que una disposición de esta índole no debería figurar en un proyecto de convención, puesto que no podría tener más que un débil valor normativo. Pero la finalidad de la Guía de la práctica no es ser una convención, sino, más bien un "código de prácticas recomendadas"³⁷⁰ y no parece superfluo señalar a la atención de los usuarios los inconvenientes a que dan lugar las reservas "olvidadas", obsoletas o superfluas³⁷¹ y el interés de reexaminarlas periódicamente para retirarlas completa o parcialmente.

3) Ni que decir tiene que se trata simplemente de una recomendación, como se desprende del empleo del condicional en los dos párrafos del proyecto de directriz 2.5.3 o, en el primer párrafo, del empleo del verbo "considerar" y, en el segundo, de la expresión "en su caso", y que las partes en un tratado que hayan acompañado su consentimiento en obligarse con reservas tienen absoluta libertad para proceder o no a su retiro. Esta es la razón por la cual la Comisión no ha creído necesario determinar con exactitud la periodicidad del reexamen que habría que llevar a cabo.

³⁶⁹ Para ejemplos recientes, véanse especialmente las siguientes resoluciones de la Asamblea General: la resolución 55/79, de 4 de diciembre de 2000, sobre los derechos del niño (sec. I, párr. 3); la resolución 54/157, de 17 de diciembre de 1999, sobre los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (párr. 7); las resoluciones 54/137, de 17 de diciembre de 1999, y 55/70 de 4 de diciembre de 2000, relativas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (párr. 5); y la resolución 47/112, de 16 de diciembre de 1992, relativa a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 7). Véase también la resolución 2000/26 de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 18 de agosto de 2000 (párr. 1), la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada el 10 de diciembre de 1998 con ocasión del 50º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, de forma más general (al no limitarse a los tratados sobre los derechos humanos), el párrafo 7 de la recomendación 1223 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de fecha 1º de octubre de 1993.

³⁷⁰ Esta expresión fue utilizada por Suecia en sus observaciones al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados de 1962; véase el cuarto informe de Sir Humphrey Waldock, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 49.

4) De la misma manera, en el segundo párrafo los elementos que hay que tomar en consideración sólo figuran a título de ejemplo, como indica el adverbio "particularmente". El objetivo de la integridad de los tratados multilaterales constituye una alusión a los inconvenientes que presentan las reservas, que pueden menoscabar la unidad del régimen convencional. En cuanto a la consideración particular del derecho interno y de la evolución que ha experimentado desde la formulación de las reservas, se explica por el hecho de que, muy a menudo, la formulación de una reserva se justifica por la contradicción entre las disposiciones del tratado y las normas en vigor en el Estado Parte. Mas éstas no son inmutables (y la participación en el tratado debería incluso constituir una incitación a modificarlas), de suerte que puede ocurrir (y sucede con bastante frecuencia³⁷²) que una reserva pierda su vigencia por el hecho mismo de que se haya puesto el derecho interno en consonancia con las exigencias convencionales.

5) Varios miembros de la Comisión, aunque aprobaban el proyecto de la directriz 2.5.3, alegaron que la expresión "derecho interno", apropiada en relación con los Estados, no lo era en el caso de las organizaciones internacionales. Cabe señalar a este respecto que el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales versa sobre las "Disposiciones de derecho interno del Estado y [las] reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados"³⁷³. No obstante, la Comisión estimó que la expresión "reglas de la organización internacional" no era de uso muy común y era imprecisa, debido a la falta de una definición de tales reglas. Además, la expresión "derecho interno de una organización internacional" es de uso corriente para calificar el "derecho propio"³⁷⁴ de las organizaciones internacionales³⁷⁵.

³⁷¹ Véase a este respecto el comentario del proyecto de directriz 2.5.2, párrs. 9) a 11).

³⁷² Véase ibíd., párr. 11).

³⁷³ Véase el comentario del proyecto de artículo correspondiente aprobado por la Comisión en *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 55, párr. 2.

³⁷⁴ Véase C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, Stevens, Londres, 1962, pág. 282.

2.5.4. [2.5.5.] Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona será competente para retirar una reserva formulada en nombre de un Estado o de una organización internacional:

- a) Si presenta los adecuados plenos poderes; o
- b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados o de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, son competentes para retirar una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

- a) Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;
- b) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para el retiro de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;
- c) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para el retiro de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.

³⁷⁵ Véase Lazar Focsaneanu, "Le droit interne de l'O.N.U.", *A.F.D.I.* 1957, págs. 315 a 349; Philippe Cahier, "Le droit interne des organisations internationales", *R.G.D.I.P.* 1963, págs. 563 a 602; G. Balladore-Pallieri, "Le droit interne des organisations internationales", *R.C.A.D.I.* 1969-II, vol. 127, págs. 1 a 38 o Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), L.G.D.J., París, 2002, págs. 576 y 577.

Comentario

1) Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, escuetas en lo que respecta al procedimiento de formulación de reservas³⁷⁶, guardan absoluto silencio acerca del procedimiento en materia de retiro. El proyecto de directriz 2.5.4 tiene por objeto llenar esa laguna.

2) No obstante, la cuestión no había escapado completamente a algunos relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados. Así, en 1956, Sir Gerald Fitzmaurice había propuesto prever que el retiro fuera objeto de una "notificación formal"³⁷⁷, pero sin precisar ni el autor, ni el destinatario o los destinatarios, ni las modalidades de esta notificación. Más tarde, en su primer informe, en 1962, Sir Humphrey Waldock fue más preciso en el párrafo 6 del proyecto de artículo 17 cuya aprobación preconizaba:

"... El retiro de la reserva se efectuará mediante notificación escrita al depositario de los instrumentos relativos al tratado y, si no hubiere tal depositario, a todos los Estados que sean o tengan derecho a ser Partes en el tratado."³⁷⁸

3) Aunque esta disposición no se examinó en sesión plenaria, el Comité de Redacción la eliminó pura y simplemente³⁷⁹ y la Comisión no volvió a incluirla. No obstante, cuando se examinó brevemente el proyecto del Comité de Redacción, Waldock dijo que "la notificación del retiro de una reserva se efectuará normalmente por conducto de un depositario"³⁸⁰. Esta postura contó con la aprobación de Israel, el único Estado que

³⁷⁶ Véase *infra*, párr. 7).

³⁷⁷ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 2).

³⁷⁸ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 69; véase *ibíd.*, párr. 3). El Relator Especial sobre el derecho de los tratados no añadía ningún comentario en esta parte de su proyecto (*ibíd.*, pág. 76).

³⁷⁹ Véase *Anuario...*, 1962, vol. I, 664ª sesión, 19 de junio de 1962, pág. 251, párr. 67.

³⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 71.

formuló observaciones a este respecto sobre el proyecto aprobado en primera lectura³⁸¹ y el Relator Especial propuso una enmienda al proyecto en este sentido; en lo que respecta a esta cuestión, el retiro "surtirá efecto cuando *los demás Estados interesados recibieren del depositario la notificación*"³⁸².

4) Durante el examen de la Comisión, Waldock consideró que la omisión de la referencia al depositario en la primera lectura había obedecido solamente a "inadvertencia"³⁸³ y, en un principio, no hubo oposición a su propuesta de subsanar dicha omisión. No obstante, el Sr. Rosenne consideró que "no es tan claro como parece"³⁸⁴ y propuso que se aprobara un texto común al conjunto de notificaciones efectuadas por el depositario³⁸⁵. Aunque el Comité de Redacción no aceptó inmediatamente esta idea, ésta es sin duda la razón de que en el proyecto presentado por el Comité se omitiera nuevamente la referencia al depositario³⁸⁶, que no aparece más en el proyecto final de la Comisión³⁸⁷ ni en el texto de la Convención³⁸⁸.

5) Para compensar el silencio de las Convenciones de Viena acerca del procedimiento de retiro de las reservas, se hubiera podido tratar de transponer las normas relativas a la formulación de las reservas, pero no es tan fácil.

³⁸¹ *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 58.

³⁸² *Ibíd.*, pág. 60; la cursiva no figura en el original. Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, *supra*, nota 306.

³⁸³ *Anuario...*, 1965, vol. I, 800ª sesión, 11 de junio de 1965, pág. 182, párr. 45.

³⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 184, párr. 65.

³⁸⁵ Véase *ibíd.*, 803ª sesión, 16 de junio de 1965, págs. 205 a 207, párrs. 30 a 56; para el texto de la propuesta, véase *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 77.

³⁸⁶ Véase *ibíd.*, 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 283, párr. 22; y las observaciones del Sr. Rosenne y de Sir Humphrey, *ibíd.*, párrs. 26 y 28.

³⁸⁷ Art. 20, párr. 2; véase el texto de esta disposición en el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 5).

³⁸⁸ Véanse los artículos 22 y 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

6) Por una parte, no es obvio que la regla del paralelismo de las formas sea aplicable en derecho internacional. En los comentarios de 1966 al proyecto de artículo 51 sobre el derecho de los tratados relativo a la terminación de un tratado o al retiro de él por consentimiento de las partes, la Comisión estimó "que esa teoría refleja la práctica constitucional de determinados Estados y no una norma de derecho internacional, porque opina que el derecho internacional no acepta la teoría de los actos contrarios"³⁸⁹.

No obstante, como señaló Paul Reuter, la Comisión de Derecho Internacional se opone en realidad únicamente a una concepción formalista de los acuerdos internacionales, con arreglo a la cual lo establecido por un acto consensual se puede deshacer con otro acto consensual, aunque éste tenga una forma diferente al primero. Ello supone en realidad emitir una concepción no formalista de la teoría del *acto contrario*³⁹⁰. Esta postura matizada puede y debe encontrar aplicación, sin duda, en materia de reservas: no es estrictamente indispensable que el procedimiento seguido para retirar una reserva sea idéntico al que se siguió para su formulación (tanto más cuanto que el retiro es en general bien recibido); no obstante, conviene que el retiro deje claro a los ojos de todas las partes contratantes la voluntad del Estado o de la organización internacional que renuncia, mediante él, a su reserva. A la Comisión, pues, le parece razonable partir de la idea de que el procedimiento de retiro debe inspirarse en el seguido para la formulación de la reserva, añadiendo, si procediera, las modificaciones y la flexibilidad convenientes.

7) Por otra parte, es necesario dejar constancia de que las Convenciones de Viena contienen pocas normas sobre el procedimiento de formulación de reservas, a excepción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 23, que se limita a indicar que habrán de "comunicarse a los Estados contratante [y a las organizaciones contratantes] y a los demás

³⁸⁹ Párrafo 3) del comentario del proyecto de artículo 51, *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 272 y 273; véase también el comentario del artículo 35, *ibíd.*, pág. 254.

³⁹⁰ *Introduction au droit des traités*, P.U.F. París, 3ª ed., por Philippe Cahier, pág. 141, párr. 211; en cursiva en el texto; véase también Sir Ian Sinclair, *The Vienna Conference on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2ª ed., 1984, pág. 183. Para una postura flexible respecto de la denuncia de un tratado, véase C.I.J., sentencia de 21 de junio de 2000, *Incident aérien du 10 août 1999 (Compétence de la Cour)*, C.I.J. Recueil 2000, pág. 25, párr. 28.

Estados [y organizaciones internacionales] facultados para llegar a ser partes en el tratado"³⁹¹.

8) A falta de una disposición convencional que se refiera directamente al procedimiento de retiro de las reservas y habida cuenta de las lagunas existentes en las relativas al procedimiento de formulación de las reservas, la Comisión se ha remitido, pues, a los proyectos de directriz 2.1.3 a 2.1.8 [2.1.7 *bis*] relativos a la comunicación de las reservas, que ha examinado a la luz de la práctica y de los (escasos) debates doctrinales, y se ha planteado la posibilidad y la oportunidad de transponerlos al retiro de las reservas.

9) En lo que concierne a la formulación de las reservas propiamente dicha, el proyecto de directriz 2.1.3³⁹² está calcado del artículo 7 de las Convenciones de Viena, titulado "Plenos poderes". No parece haber razón alguna para oponerse a la transposición de estas normas al retiro de las reservas. Los motivos que las justifican en relación con la formulación de reservas³⁹³ son aplicables también al retiro: la reserva ha modificado las obligaciones

³⁹¹ El primer párrafo del proyecto de directriz 2.1.5 recoge esa disposición, mientras que el segundo párrafo precisa el procedimiento a seguir cuando la reserva se refiera al instrumento constitutivo de una organización internacional.

³⁹² "1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, se considerará que una persona representa a un Estado o a una organización internacional a efectos de formular una reserva: a) si esa persona presenta los adecuados plenos poderes para la adopción o la autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes. 2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a un Estado para formular una reserva en el plano internacional: a) los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores; b) los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en esa conferencia; c) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano; d) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización."

³⁹³ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.1.3 en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (2002), *Documentos*

respectivas de su autor y de las demás partes contratantes, por lo que debe emanar de las mismas personas u órganos competentes para obligar internacionalmente al Estado o a la organización internacional; lo mismo es aplicable, con mayor motivo, a su retiro, que perfecciona la obligación del Estado autor de la reserva.

10) Por lo demás, esta fue la firme posición mantenida por la Secretaría de las Naciones Unidas en una carta de fecha 11 de julio de 1974 dirigida al Asesor Jurídico de la Misión Permanente de un Estado Miembro que preguntaba "la forma en que debían hacerse las notificaciones de retiro" de ciertas reservas a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 31 de marzo de 1953 y a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para el matrimonio y el registro de los matrimonios, de 10 de diciembre de 1962³⁹⁴. Tras constatar el silencio de la Convención de Viena sobre este punto y recordar la definición de plenos poderes que figura en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención³⁹⁵, el autor de la carta añade:

"Evidentemente, el retiro de una reserva constituye un acto importante en relación con los tratados y respecto del cual debería sopesarse sin duda la necesidad de la exhibición de plenos poderes. Parecería lógico aplicar a una notificación de retiro de reservas las mismas normas que a la formulación de reservas, toda vez que el retiro de éstas entraña tanto cambio en la aplicación del tratado de que se trate como las reservas originales."

Y concluye:

"En consecuencia, nuestra opinión es que el retiro de reservas debería *en principio* notificarse al Secretario General, bien por el Jefe de Estado o de Gobierno o por el Ministro de Relaciones Exteriores, o por un funcionario autorizado por una de dichas autoridades. Aun cuando un procedimiento de tan alto nivel pueda resultar hasta cierto punto engorroso, la salvaguardia fundamental que proporciona a todos los

Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), págs. 56 y 57, párrs. 8) a 12).

³⁹⁴ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1974, págs. 214 y 215.

³⁹⁵ "Se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado... o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado".

interesados con respecto a la validez de la notificación compensa sobradamente la incomodidad resultante."³⁹⁶

11) Si bien se trata de una conclusión firme, la expresión "en principio", que figura en cursiva en el texto del dictamen jurídico de la Secretaría, pone de manifiesto cierta inquietud, que se explica, como reconoce el autor de la carta, por el hecho de que

"en diversas ocasiones, en la práctica seguida por el Secretario General cuando actúa como depositario y con miras a una aplicación más amplia de los tratados, se ha seguido la tendencia de recibir en depósito retiros de reservas hechos en forma de notas verbales o cartas procedentes de representantes permanentes ante las Naciones Unidas. Se estimó que un representante permanente debidamente acreditado ante las Naciones Unidas que actúa siguiendo instrucciones de su gobierno, en virtud de sus funciones y sin necesidad de exhibir plenos poderes, había sido autorizado para hacerlo."³⁹⁷

12) Esto suscita una cuestión que la Comisión ya se ha planteado con respecto a la formulación de reservas³⁹⁸: ¿no sería legítimo admitir que se ha reconocido la competencia del representante de un Estado ante una organización internacional depositaria de un tratado (o el embajador de un Estado acreditado ante un Estado depositario) para hacer las notificaciones relativas a las reservas? La cuestión se plantea con más fuerza aún en relación con el retiro de reservas, ya que puede ser deseable facilitar un procedimiento cuyo objetivo es hacer que el tratado sea aplicable en su totalidad y, por lo tanto, contribuir a la preservación, o al restablecimiento, de su integridad.

³⁹⁶ En cursiva en el original. En un memorando de la Secretaría de fecha 1º de julio de 1976 se confirma esta conclusión: "Una reserva debe formularse por escrito (párrafo 1 del artículo 23 de la Convención [de Viena]) y, *al igual que su retiro*, debe emanar de una de las tres autoridades (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores) que tienen competencia para obligar al Estado en el plano internacional (artículo 7 de la Convención)" (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1976, pág. 225 -la cursiva no figura en el original).

³⁹⁷ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1974, pág. 215. Esto se confirma igualmente en el memorando de 1º de julio de 1976: "En este sentido, la práctica del Secretario General ha consistido algunas veces en aceptar el retiro de la reserva mediante simple notificación del representante ante las Naciones Unidas del Estado de que se trate" (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1976, pág. 225, nota 121).

³⁹⁸ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.1.3, *supra*, nota 393, párrs. 13) a 17).

13) Pese a todas esas consideraciones, la Comisión no ha escogido este desarrollo progresivo, con el afán de apartarse lo menos posible de lo dispuesto en el artículo 7 de las Convenciones de Viena. Por una parte, efectivamente, sería sorprendente dejar a un lado, sin una razón contundente, el principio del acto contrario³⁹⁹, en la inteligencia de que conviene adoptar una "concepción no formalista"⁴⁰⁰ del mismo, lo que equivale decir en este caso que cualquier autoridad competente para formular una reserva en nombre de un Estado puede retirarla, sin que sea necesario que el retiro proceda del mismo órgano que ha formulado la reserva. Por otra parte, por cierto que sea que se quiere facilitar el retiro de las reservas, no lo es menos que éste se corresponde, más exactamente que con la formulación de reservas, con la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, lo que constituye un argumento más para no apartarse en esta cuestión de lo dispuesto en el artículo 7 de las Convenciones de Viena.

14) Por lo demás, el Secretario General de las Naciones Unidas parece haber adoptado una postura más rigurosa y ya no acepta las notificaciones de retiro de reservas procedentes de representantes permanentes acreditados ante la Organización⁴⁰¹. Y, en la última edición del *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos observa que el retiro deberá hacerse por escrito y en él deberá figurar la firma de una de las tres autoridades competentes puesto que, generalmente, en el fondo, su finalidad es modificar el ámbito de aplicación del tratado⁴⁰², sin mencionar posibles excepciones.

³⁹⁹ Véase *supra*, párr. 6).

⁴⁰⁰ Véase la fórmula de Paul Reuter, *ibíd.*

⁴⁰¹ Jean-François Flauss menciona no obstante un caso en el que una reserva de Francia (al artículo 7 de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, de 1º de marzo de 1980) fue retirada el 22 de marzo de 1984 por la Misión Permanente de Francia ante las Naciones Unidas ("Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux", *A.F.D.I.* 1986, pág. 860).

⁴⁰² *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, ST/LEG/7/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.94.V.15), pág. 64, párr. 216.

15) Aparte de eso, el Secretario General de las Naciones Unidas no es el único depositario de tratados multilaterales y cabe preguntarse acerca de la práctica seguida por los otros depositarios en esta materia. Lamentablemente, las respuestas de los Estados al cuestionario sobre las reservas no ofrecen ninguna información útil al respecto. En cambio, en publicaciones del Consejo de Europa, éste admite que las reservas sean formuladas⁴⁰³ y retiradas⁴⁰⁴ mediante cartas de representantes permanentes ante la Organización.

16) Sería lamentable que estas prácticas, que son totalmente aceptables y no parecen plantear especial dificultad, se vieran cuestionadas con la inclusión de normas demasiado rígidas en la Guía de la práctica. No obstante, esto no ocurre en el caso del texto elegido para el proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], que transpone al retiro de reservas el texto de la directriz 2.1.3 y pone cuidado en salvaguardar las "prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados".

17) Con todo, aparte de la sustitución del término "formulación" por "retiro", esa transposición no puede ser literal:

- dado que el procedimiento de retiro es, por hipótesis, distinto del de aprobación o autenticación del texto del tratado o de la manifestación del consentimiento en obligarse y puede tener lugar muchos años más tarde, es necesario que la persona que formule el retiro presente plenos poderes separados (párr. 1, apartado a));

⁴⁰³ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.1.3, *supra*, nota 393, párr. 14).

⁴⁰⁴ Véase Comité européen de coopération juridique (CDCJ), *Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions*, Note du Secrétariat établie par la Direction des affaires juridiques, 30 de marzo de 1999, CDCJ (99) 36.

- por la misma razón, el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.3 no puede transponerse en materia de retiro de reservas: cuando un Estado o una organización internacional formula el retiro, evidentemente la conferencia internacional que aprobó el texto ya no se encuentra reunida.

2.5.5. [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] *Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas*

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para retirar una reserva en el plano interno corresponderá al derecho interno de cada Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido retirada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para el retiro de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de ese retiro.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz 2.5.5 [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] constituye el equivalente, en materia de retiro de reservas, del proyecto de directriz 2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] relativo a la "Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas"⁴⁰⁵.
- 2) La autoridad competente para formular el retiro de una reserva en el ámbito internacional no es necesariamente la misma que tiene competencia para adoptar esta

⁴⁰⁵ "La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una reserva corresponderá al derecho interno de cada Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva."

decisión en el ámbito interno. Aquí el problema se plantea de nuevo, con matices⁴⁰⁶, de la misma manera que en relación con la formulación de reservas⁴⁰⁷.

3) Las respuestas de los Estados y de las organizaciones internacionales al cuestionario sobre las reservas no aportan información que pueda utilizarse en lo concerniente a la competencia para decidir el retiro de una reserva en el plano interno. No obstante, cabe encontrar algunas indicaciones al respecto en la doctrina⁴⁰⁸. Es probable que un estudio sistemático pusiera de manifiesto la misma diversidad en lo que concierne a la competencia interna para retirar las reservas que la que se puede constatar que existe en cuanto a su formulación⁴⁰⁹. Así pues, nada se opone a la transposición del proyecto de directriz 2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] al retiro de reservas.

4) En particular, parece indispensable indicar en la Guía de la práctica si, y en qué medida, un Estado puede prevalerse de la inobservancia de sus normas de derecho interno en apoyo de la falta de validez (*non-validité*) de una reserva, hipótesis que puede darse perfectamente en la práctica, aun cuando la Comisión no tenga conocimiento de ningún ejemplo claro al respecto.

5) Como indicó la Comisión con respecto a la formulación de reservas⁴¹⁰, cabe ciertamente preguntarse cuál es la razón de ser de transponer o no transponer, en materia de reservas, la norma relativa a las "ratificaciones imperfectas" del artículo 46 de las

⁴⁰⁶ Una reserva "sustraе" del tratado; su retiro equivale a perfeccionar su aceptación.

⁴⁰⁷ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.1.4 en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, págs. 60 a 65.

⁴⁰⁸ Véase, por ejemplo, Giorgio Gaja, "Modalità singolari per la revoca di una riserva", *Rivista di diritto internazionale*, 1989, págs. 905 a 907, o Luigi Migliorino, *supra*, nota 331, págs. 332 y 333, con respecto al retiro de la reserva de Italia a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1954, o con respecto a Francia, Jean-François Flauss, *supra*, nota 340, pág. 863.

⁴⁰⁹ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.1.4, *supra*, nota 407, párrs. 3) a 6).

⁴¹⁰ *Ibíd.*, párr. 10).

Convenciones de Viena, habida cuenta en particular de que con el retiro concluye el proceso de ratificación o de adhesión. No obstante, tanto en el caso de la formulación de reservas o, con mayor motivo aún en el de su retiro, las normas aplicables rara vez figuran explícitamente enunciadas en textos oficiales de naturaleza constitucional o incluso legislativa⁴¹¹.

6) La Comisión se ha preguntado si no sería más elegante limitarse a remitir al proyecto de directriz 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4], del que el proyecto de directriz 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*] constituye la transposición pura y simple con la única salvedad de la sustitución de los términos "formulación" y "formular" por "retiro" y "retirar". Contrariamente a la posición adoptada con respecto al proyecto de directriz 2.5.6, la Comisión estimó que era preferible optar en este caso por la reproducción del proyecto de directriz 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4]: el proyecto de directriz 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*] es indisociable del proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], para el cual una remisión pura y simple es imposible⁴¹². Parece preferible proceder de la misma manera en ambos casos.

2.5.6. Comunicación del retiro de reservas

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se ajustará a las normas aplicables respecto de la comunicación de las reservas enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7.

Comentario

1) Como ha señalado la Comisión en otro lugar⁴¹³, las Convenciones de Viena guardan un silencio absoluto en lo que se refiere al procedimiento de comunicación del retiro de reservas. Sin duda, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 implica que el retiro debe

⁴¹¹ Estas incertidumbres explican, por otra parte, las vacilaciones de los pocos autores que se han ocupado de la cuestión (véase *supra*, nota 408). Si en un país los especialistas en esas cuestiones no se ponen de acuerdo entre ellos o critican la práctica seguida por su propio gobierno, no puede exigirse a los demás Estados u organizaciones internacionales que se adentren en los arcanos y las sutilezas del derecho interno.

⁴¹² Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], párr. 17).

⁴¹³ Véase *ibíd.*, párr. 1).

notificarse a los Estados y a las organizaciones internacionales contratantes, pero no especifica en absoluto quién será el autor de esa notificación ni el procedimiento que deberá seguirse. El proyecto de directriz 2.5.6 trata de colmar esa laguna.

2) Con este fin, la Comisión aplicó el mismo método que siguió con respecto a la formulación del retiro *stricto sensu*⁴¹⁴ y se planteó la posibilidad y la oportunidad de transponer los proyectos de directrices 2.1.5 a 2.1.7, aprobadas con respecto a la comunicación de las reservas mismas.

3) Antes que nada, es preciso hacer una observación: aun cuando en las Convenciones de Viena no se precisa el procedimiento que debe seguirse para retirar una reserva, los trabajos preparatorios de la Convención de 1969 ponen de manifiesto que los redactores del proyecto sobre el derecho de los tratados no tenían duda alguna sobre el hecho de que:

- la notificación de retiro debía ser hecha por el depositario, si lo había; y
- los destinatarios de la reserva debían ser los "Estados que sean o tengan derecho a ser partes en el tratado" o los "Estados interesados"⁴¹⁵.

4) Dado que, a instancia del Sr. Rosenne (al menos en parte) se decidió reagrupar en un único conjunto de disposiciones todas las normas relativas a los depositarios y a las notificaciones, que son objeto de los artículos 76 a 78 de la Convención de 1969⁴¹⁶, esas propuestas fueron abandonadas⁴¹⁷. Ahora bien, esas propuestas están plenamente en consonancia con las directrices enunciadas en los proyectos 2.1.5 y 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8]⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Véase *ibíd.*, párr. 8).

⁴¹⁵ Véase *ibíd.*, párrs. 2) y 3).

⁴¹⁶ Y los artículos 77 a 79 de la Convención de Viena de 1986.

⁴¹⁷ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], párr. 4).

⁴¹⁸ Proyecto de directriz 2.1.5 ("Comunicación de las reservas"): "Una reserva habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

5) Esas orientaciones cuentan con la aprobación de la escasa doctrina que se ha ocupado de esta cuestión⁴¹⁹ y se ajustan a la práctica. Así:

- tanto el Secretario General de las Naciones Unidas⁴²⁰, como el Secretario General del Consejo de Europa⁴²¹ siguen respecto del retiro el mismo procedimiento que

Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano".

Proyecto de directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] ("Procedimiento de comunicación de las reservas"): "Salvo que el tratado disponga o que los Estados y las organizaciones contratantes acuerden otra cosa, una comunicación relativa a una reserva a un tratado deberá ser transmitida: i) Si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes; o ii) Si hay depositario, a éste, quién la notificará lo antes posible a los Estados y a las organizaciones a que esté destinada.

Una comunicación relativa a una reserva se entenderá que ha quedado hecha por el autor de la reserva cuando haya sido recibida por el Estado o la organización a que fue transmitida o, en su caso, por el depositario".

El plazo para formular una objeción a una reserva comenzará a correr desde la fecha en que el Estado o la organización haya recibido notificación de la reserva.

La comunicación relativa a una reserva a un tratado que se efectúe por correo electrónico o por telefax deberá ser confirmada por nota diplomática o notificación al depositario. En tal caso, se considerará que la comunicación ha sido hecha en la fecha del correo electrónico o del telefax.

⁴¹⁹ Véase Luigi Migliorino, *supra*, nota 331, pag. 323; o Adolfo Maresca, *Il diritto dei trattati*, Guiffre, Milán, 1971, pág. 302.

⁴²⁰ Véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, al 31 de diciembre de 2000 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.01.V.5), vol. I y II, *passim* (véanse, entre numerosos ejemplos, el retiro de las reservas a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, vol. I, de China, pág. 111, nota 13; de Egipto, *ibíd.*, nota 15; o de Mongolia, pág. 112, nota 17; o a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, Colombia, Jamaica y Filipinas, *ibíd.*, págs. 409 y 410, notas 8, 9 y 11).

⁴²¹ Véase Comité Europeo de Cooperación Jurídica, *Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions*, nota de la Secretaría preparada por la Dirección de Asuntos Jurídicos, 30 de marzo de 1999, C.D.C.J. (99) (véase el retiro de las reservas de Alemania y de Italia al Convenio Europeo sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades de 1963, págs. 11 y 12).

el aplicable a la comunicación de reservas: son los destinatarios del retiro de las reservas formuladas a tratados por los Estados o las organizaciones internacionales depositarios y las comunican a todas las partes contratantes y a los Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes;

- además, cuando las disposiciones de los tratados se refieren expresamente al procedimiento que ha de seguirse en materia de retiro de reservas, dichas disposiciones siguen, en general, el modelo aplicable a su formulación y se ajustan a las normas enunciadas en los proyectos de directrices 2.1.5 y 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8], ya que en ellas se especifica que el retiro debe notificarse al depositario⁴²² o incluso que éste debe comunicarlo a las partes contratantes⁴²³ o, más en general, a "todos los Estados" que quieran llegar a ser partes o a "todos los Estados" sin más precisiones⁴²⁴.

⁴²² Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 48 de la Convención Europea relativa al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, de 19 de mayo de 1956; el párrafo 2 del artículo 40 de la Convención sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercancías, modificada el 1º de agosto de 1988; el párrafo 2 del artículo 15 de la Convención relativa a la lucha contra la corrupción que afecta a los funcionarios de las Comunidades Europeas o a los funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea; o el párrafo 1 del artículo 43 de la Convención del Consejo de Europa sobre la delincuencia cibernética.

⁴²³ Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 15 y el apartado b) del artículo 17 del Acuerdo europeo sobre señales de carretera, de 13 de diciembre de 1957, o el artículo 18 y el apartado c) del artículo 34 de la Convención internacional sobre la protección de los artistas ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961.

⁴²⁴ Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 25 y el artículo 33 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971, el párrafo 3 del artículo 26 y el artículo 27 de la Convención aduanera sobre contenedores, de 2 de diciembre de 1972, o los artículos 21 y 25 del Convenio Internacional sobre la Armonización de los Controles de Mercancías en las Fronteras, de 21 de octubre de 1982, o el artículo 63 del Convenio de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental (notificación "a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado").

6) En cuanto al depositario, no hay razón para asignarle un papel diferente del papel, muy limitado, que le reconocen los proyectos de directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7 en materia de formulación de reservas⁴²⁵, que fueron redactados conjugando las disposiciones del párrafo 1 del artículo 77 y del apartado d) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986⁴²⁶ y se ajustan a los principios que inspiran las normas de Viena en la materia⁴²⁷:

- con arreglo al apartado e) del artículo 78, es función del depositario "informar a las partes en el tratado y a los Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado"; las notificaciones relativas a las reservas y a su retiro entran en esas previsiones, que se recogen en el inciso ii) del primer párrafo del proyecto de directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8];
- el primer párrafo del proyecto de directriz 2.1.7 se basa en la disposición enunciada en el apartado d) del artículo 78, a tenor del cual el depositario debe "examinar si una notificación o comunicación relativas a un tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate"; nuevamente, ello se aplica tanto a la

⁴²⁵ Véase el texto del proyecto de directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8], *supra*, nota 418. Proyecto de directriz 2.1.7 ("Funciones del depositario"):

"El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en debida forma y, de ser necesario, señalará el caso a la atención de Estado o la organización internacional de que se trate.

De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de esta función, el depositario señalará la cuestión a la atención: a) de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; b) si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada."

⁴²⁶ Corresponden a los artículos 77 y 78 de la Convención de 1969.

⁴²⁷ Véase el comentario de los proyectos de directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, págs. 80 a 101.

formulación de reservas como a su retiro (que puede causar problemas, en lo relativo, por ejemplo, a la persona que hace la comunicación)⁴²⁸; y

- en el segundo párrafo del mismo proyecto de directriz se extraen las consecuencias de la teoría del "depositario buzón", reconocida en las Convenciones de Viena en caso de que surja alguna discrepancia, y se recoge, a este respecto, el texto mismo del párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de 1986, sin que tampoco en este caso parezca que proceda hacer una distinción entre la formulación y el retiro.

7) Dado que las normas enunciadas en los proyectos de directriz 2.1.5 a 2.1.7 son, en todos sus aspectos, aplicables al retiro de las reservas, ¿conviene remitirse a ellas o reproducirlas? En lo referente a la formulación de reservas, la Comisión ha preferido repetir y adaptar los proyectos de directrices 2.1.3 y 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4] en los proyectos de directriz 2.5.4 [2.5.5] y 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*]. No obstante, esa posición obedece principalmente a la consideración de que no es posible trasponer pura y simplemente al retiro de las reservas las normas aplicables a la competencia para formularlas⁴²⁹. Ése no es el caso en lo concerniente a la comunicación del retiro de las reservas y al papel del depositario en la materia: el texto de los proyectos de directriz 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7 se adapta perfectamente a esas disposiciones, mediante la simple sustitución de la palabra "formulación" por la palabra "retiro". Por consiguiente, el procedimiento de remisión presenta menos inconvenientes y, a pesar de la opinión en contrario de varios de sus miembros, la Comisión consideró suficiente hacer una simple referencia a esas disposiciones.

⁴²⁸ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], párrs. 10) y 11).

⁴²⁹ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.4 [2.5.5], párr. 17), y el comentario del proyecto de directriz 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*], párr. 6).

2.5.7. [2.5.7, 2.5.8] Efecto del retiro de una reserva

El retiro de una reserva entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto.

El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y un Estado o una organización internacional que había hecho una objeción a la reserva y se había opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva a causa de dicha reserva.

Comentario

1) Desde el punto de vista de la lógica abstracta, no es muy riguroso incluir en el capítulo de la Guía de la práctica proyectos de directriz relativos a los efectos del retiro de una reserva en un capítulo dedicado al procedimiento en materia de reservas, habida cuenta en particular de que los efectos del retiro son difícilmente dissociables de los de la propia reserva: uno pone fin a la otra. Tras algunas vacilaciones, la Comisión resolvió no obstante hacerlo por dos razones:

- en primer lugar, en el artículo 22 de las Convenciones de Viena se entremezclan las normas relativas a la forma y al procedimiento⁴³⁰ del retiro y la cuestión de sus efectos; y
- en segundo lugar, los efectos del retiro pueden considerarse de manera autónoma, sin que haya que preguntarse sobre los efectos (infinitamente más complejos) de la propia reserva.

2) El apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena únicamente se refiere a los efectos del retiro de una reserva en relación con el caso concreto de la fecha en que el retiro "surte efecto". No obstante, durante los trabajos preparatorios de la

⁴³⁰ Ciertamente, sólo en la medida en que en el apartado a) del párrafo 3 se menciona la "notificación" del retiro.

Convención de 1969, la Comisión se ocupó ocasionalmente de la cuestión, más sustancial, de saber cuáles eran esos efectos.

3) En su primer informe sobre el derecho de los tratados, Sir Gerald Fitzmaurice propuso una disposición según la cual, cuando se retirara una reserva, "el Estado que anteriormente hubiese hecho la reserva [quedaría] automáticamente obligado a cumplir íntegramente la disposición del tratado a que se [refería] la reserva y [estuviera] a su vez autorizado a exigir el cumplimiento de dicha disposición por las otras partes"⁴³¹. El párrafo 2 del proyecto de artículo 22, aprobado en primera lectura por la Comisión en 1962, disponía: "[u]na vez retirada la reserva, dejarán de aplicarse las disposiciones del artículo 21 [relativo a la aplicación de las reservas]"⁴³²; esa frase desapareció del proyecto final de la Comisión⁴³³. En sesión plenaria, Sir Humphrey Waldock sugirió que el Comité de Redacción examinara "otra cuestión... [a saber] la posibilidad de que el efecto del retiro de la reserva sea la entrada en vigor del tratado para los dos Estados entre los cuales no estaba previamente en vigor"⁴³⁴; y, durante la Conferencia de Viena, se propusieron varias enmiendas tendientes a volver a incluir en el texto de la Convención una disposición en ese sentido⁴³⁵.

⁴³¹ *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 118, documento A/CN.4/101, art. 40, párr. 3.

⁴³² *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 210.

⁴³³ Se abandonó en segunda lectura después del examen por el Comité de Redacción del nuevo proyecto de artículo propuesto por Sir Humphrey Waldock, que la mantenía en parte (véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.8), sin dar ninguna explicación (véase *Anuario...*, 1965, vol. I, 814ª sesión, 21 de junio de 1964, pág. 283, párr. 22).

⁴³⁴ *Ibíd.*, 800ª sesión, 14 de junio de 1965, pág. 195, párr. 86; en el mismo sentido: S. Rosenne, *ibíd.*, párr. 87.

⁴³⁵ Enmiendas de Austria y de Finlandia (A/CONF.30/C.1/L.4 y Add.1), véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, período de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.5), *Documentos de la Comisión Plenaria*, completados por una subenmienda de la Unión Soviética (A/CONF.39/C.1/L.167, *ibíd.*).

4) El Comité de Redacción de la Conferencia rechazó las enmiendas propuestas por considerar que eran superfluas y que los efectos del retiro de una reserva eran obvios⁴³⁶.

Esto no es enteramente cierto.

5) No cabe duda de que "el efecto del retiro de una reserva es manifiestamente el restablecimiento del texto original del tratado"⁴³⁷. No obstante, es preciso distinguir entre tres situaciones.

6) En las relaciones entre el Estado (o la organización internacional) que formula la reserva y el Estado u organización que la acepta (párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones de Viena), dicha reserva deja de producir efectos (párrafo 1 del artículo 21): "En una situación de ese tipo, el efecto del retiro de la reserva será restablecer el contenido original del tratado en las relaciones entre el Estado que la formula y el Estado que la acepta. El retiro de la reserva crea la situación que habría existido si la reserva no hubiera sido hecha"⁴³⁸. Migliorino da el ejemplo del retiro por Hungría, en 1989, de su reserva al párrafo 2 del artículo 48 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia⁴³⁹; esa reserva no había sido objeto de ninguna objeción y, de resultas del retiro, la competencia de la Corte

⁴³⁶ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.68.V.7), *Comisión Plenaria*, 70ª sesión (14 de mayo de 1968), declaración de K. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, pág. 459, párr. 37.

⁴³⁷ Derek Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *British Year Book of International Law*, 1976-1977, pág. 87. Véase también R. Szafarz, *supra*, nota 339, pág. 313.

⁴³⁸ ("Intervenendo in una situazione di questo tipo, la revoca della riserva avrà l'effeto di ristabilire il contenuto originario del trattato nei rapporti tra lo Stato riservante e lo Stato che ha accettato la riserva. La revoca della riserva crea quella situazione giuridica che sarebbe esistita se la riserva non fosse stata appostata") Luigi Migliorino, *supra*, nota 331, pág. 325; en el mismo sentido, véase R. Szafarz, *supra*, nota 339, pág. 314.

⁴³⁹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, al 31 de diciembre de 2000 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.01.V.5), vol. I, pág. 382, nota 16.

Internacional de Justicia para interpretar y aplicar la Convención fue efectiva a contar de la fecha en que aquél surtió efecto⁴⁴⁰.

7) Ocurre lo mismo en las relaciones entre el Estado (o la organización internacional) que retira la reserva y un Estado (o una organización internacional) que formula una objeción, pero sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el Estado que formula la reserva. En esta hipótesis, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, las disposiciones a que se refiere la reserva no se aplican en las relaciones entre las dos partes: "En una situación de ese tipo, el retiro de una reserva tiene como efecto hacer extensiva, en las relaciones entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción, la aplicación del tratado a las disposiciones a que se refiere la reserva"⁴⁴¹.

8) El retiro de la reserva produce efectos más radicales cuando el Estado (o la organización internacional) que hace la objeción se había opuesto a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado o la organización autor de la reserva. En esa hipótesis, el tratado entra en vigor sin restricciones en las relaciones entre los dos Estados⁴⁴², en la fecha en que el retiro surte efecto. "Para un Estado... que había formulado una objeción de efecto máximo, el retiro de la reserva significará el establecimiento de plenas relaciones convencionales con el Estado autor de la reserva"⁴⁴³.

⁴⁴⁰ L. Migliorino, *supra*, nota 331, págs. 325 y 326.

⁴⁴¹ ("Intervenendo in una situazione di questo tipo la revoca di la riserva produce l'effetto di estendere, nei rapporti tra lo Stato riservante e lo Stato obiettante, l'applicazione del trattato anche alle disposizioni coperte dalla riserva") L. Migliorino, *ibíd.*, págs. 326 y 327; el autor da el ejemplo del retiro por Portugal, en 1972, de su reserva al párrafo 2 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, que había dado lugar a varias objeciones por Estados que, sin embargo, no se habían opuesto a la entrada en vigor de la Convención entre ellos y Portugal (véase *Traités multilatéraux...*, *supra*, nota 439, pág. 112, nota 18).

⁴⁴² Véase el artículo 24 de las Convenciones de Viena y, en particular, el párrafo 3.

⁴⁴³ R. Szafarz, *supra*, nota 339, págs. 315 y 316; en el mismo sentido, véase José María Ruda, "Reservations to Treaties", *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, pág. 202; D. Bowett, *supra*, nota 437,

9) En otras palabras, el retiro de una reserva entraña la aplicación de las disposiciones del tratado a que se refería la reserva en su integridad (y no forzosamente del tratado en su conjunto, si existen otras reservas) en las relaciones entre el Estado u organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes contratantes, con independencia de que éstas la hayan aceptado o hayan formulado objeciones al respecto, aunque, en este segundo caso, si el Estado o la organización internacional autor de la objeción se había opuesto a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado o la organización internacional autor de la reserva, el tratado entra en vigor a contar de la fecha en que surte efecto el retiro.

10) En esta última hipótesis, el establecimiento de relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el de la objeción se produce aunque subsistan otras reservas, ya que la oposición del Estado o de la organización internacional a la entrada en vigor del tratado se debía a la objeción a la reserva retirada. Las demás reservas producen, a partir de la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre las dos partes, los efectos previstos en el artículo 21 de las Convenciones de Viena.

11) Hay que señalar también que la redacción del primer párrafo del proyecto de directriz sigue el modelo de las Convenciones de Viena y, en particular, del apartado d) del párrafo 1 del artículo 2, o del artículo 23, en los que se da por sentado que una reserva se refiere a disposiciones convencionales (en plural). Ni que decir tiene que una reserva se puede hacer a una sola disposición o, si se trata de una reserva "transversal", al "tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos"⁴⁴⁴. El primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] abarca todas esas hipótesis.

pág. 87, o L. Migliorino, *supra*, nota 331, págs. 328 y 329. Este último autor da el ejemplo del retiro por Hungría, en 1989, de su reserva al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 (véase *Traités multilatéraux...*, *supra*, nota 439, vol. II, pág. 280, nota 13); el ejemplo no es realmente convincente, dado que los Estados que habían formulado objeciones no habían descartado oficialmente la aplicación de la Convención en las relaciones entre ellos y Hungría.

⁴⁴⁴ Véase el proyecto de directriz 1.1.1.

2.5.8. [2.5.9] *Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz 2.5.8 [2.5.9] reproduce el texto del encabezamiento y del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986.
- 2) Esa disposición, que reproduce el texto de 1969 con la única adición de la mención de las organizaciones internacionales, no fue objeto de ningún debate especial durante los trabajos preparatorios de la Convención de 1986⁴⁴⁵ ni con ocasión de la Conferencia de Viena de 1968-1969, que se limitó a aclarar⁴⁴⁶ el texto aprobado en segunda lectura por la Comisión⁴⁴⁷. No obstante, su aprobación había suscitado algunos debates en la Comisión en 1962 y en 1965.

⁴⁴⁵ Véase Paul Reuter, cuarto informe sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, *Anuario...*, 1975, vol. II, pág. 40, y quinto informe, *Anuario...*, 1976, vol. II (primera parte), pág. 154; en relación con el (inexistente) debate de la Comisión: *Anuario...*, 1977, vol. I, 1434ª sesión, 6 de junio de 1977, pág. 106, párrs. 30 a 35, y 1435ª sesión, 7 de junio de 1977, pág. 109, párrs. 1 y 2 y 1451ª sesión, 1º de julio de 1977, pág. 208, párrs. 12 a 16, y el informe de la Comisión de ese mismo año, ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 115 a 117; y, para la segunda lectura, véase el décimo informe de P. Reuter, *Anuario...*, 1981, vol. II (primera parte), pág. 79, párr. 84; en relación con el (inexistente) debate en la 1652ª sesión, 15 de mayo de 1981, y la 1692ª sesión, 16 de julio de 1981, *Anuario...*, 1981, vol. I, pág. 54, párrs. 27 y 28, y pág. 267, párr. 38, y el texto final, ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 141 y *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 39.

⁴⁴⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.70.V.5), pág. 152, párr. 211 (texto del Comité de Redacción).

⁴⁴⁷ Del plural ("... cuando los demás Estados contratantes hayan recibido la notificación": véase *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 229, documento A/6309/Rev.1) se pasó al singular, lo que tiene la

3) Mientras que Sir Gerald Fitzmaurice había previsto en su primer informe, en 1956, precisar los efectos del retiro de una reserva⁴⁴⁸, Sir Humphrey Waldock no manifestó tal intención en su primer informe, en 1962⁴⁴⁹. Con todo, durante los debates que tuvieron lugar ese año en la Comisión, a petición de Bartoš se mencionó por vez primera en el proyecto de artículo 22, dedicado al retiro de las reservas, que ese retiro "surtirá efecto... cuando su notificación haya sido recibida por los demás Estados interesados"⁴⁵⁰.

4) Tras la aprobación de esa disposición en primera lectura, tres Estados reaccionaron⁴⁵¹: los Estados Unidos de América, que la acogieron con beneplácito; e Israel y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que manifestaron preocupación por las dificultades con que podrían tropezar los demás Estados Partes a causa de lo repentino del efecto de un retiro. Sus argumentos dieron lugar a que el Relator Especial propusiera que se agregara al proyecto de artículo 22 un apartado c) con una fórmula complicada, que mantenía el efecto inmediato del retiro cuando los demás Estados hubieran recibido la notificación pero les otorgaba un período de gracia de tres meses para efectuar los cambios necesarios⁴⁵². De esta manera, Sir Humphrey quería dar a las demás partes la posibilidad

ventaja de determinar que la fecha en que surte efecto es propia de cada una de las partes (cf. las explicaciones de Yasseen, Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia, en *Documentos Oficiales...*, *supra*, nota 446, 11ª sesión plenaria, párr. 11). En relación con la aprobación final del proyecto de artículo 22 por la Comisión, véase *Anuario...*, 1965, vol. I, pág. 296, y *Anuario...*, 1966, vol. I, pág. 334.

⁴⁴⁸ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 2).

⁴⁴⁹ Véase *ibíd.*, párr. 3).

⁴⁵⁰ Véase *ibíd.*, párr. 5).

⁴⁵¹ Véase el cuarto informe de Sir Humphrey Waldock, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 59, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2.

⁴⁵² "c) En la fecha en que la retirada surta efecto dejará de aplicarse el artículo 21; no obstante, durante un período de tres meses a partir de esa fecha no puede considerarse que una parte haya infringido la disposición a que se refiere la reserva por el solo hecho de que haya dejado de efectuar algún cambio necesario en su derecho o su práctica administrativa internos".

de adoptar "las medidas legislativas o administrativas necesarias" para armonizar su derecho interno con la situación resultante del retiro de la reserva⁴⁵³.

5) Además de las críticas formuladas por la complicación excesiva de la solución propuesta por el Relator Especial, en principio dicha solución dividió a los miembros de la Comisión. Ruda, apoyado por Briggs, consideró que no había ninguna razón para prever un plazo de gracia en caso de retiro de reservas, dado que ese plazo no existía en el caso de la entrada en vigor inicial del tratado tras la manifestación del consentimiento en obligarse⁴⁵⁴. Sin embargo, otros miembros, en particular Tunkin y el propio Waldock, destacaron, no sin razón, que las dos situaciones eran diferentes: en lo tocante a la ratificación "el Estado puede disponer de todo el tiempo que necesite con sólo abstenerse de rectificarlo en tanto no haya efectuado los reajustes necesarios en su derecho interno"; por el contrario, en el caso del retiro de una reserva, "el cambio en la situación es ajeno a la voluntad del Estado interesado, pues depende de la decisión del Estado autor de la reserva de retirar ésta"⁴⁵⁵.

6) No obstante, la Comisión estimó que "tal cláusula complicaría demasiado la situación y que, en la práctica, toda dificultad que surja podrá resolverse en las consultas que sin duda habrán de entablar los Estados interesados"⁴⁵⁶. Así pues, el efecto nuevamente se retrotrae a la fecha de la notificación a las demás partes contratantes, pero, al parecer, no sin ciertas vacilaciones, dado que, en su comentario final, la Comisión, al explicar que había llegado a la conclusión de que el hecho de formular como regla general la posibilidad concedida a los Estados de disponer de un breve plazo para "adaptar su derecho interno a la situación resultante (...) sería ir demasiado lejos", estimó que "este punto debía regularse mediante una disposición específica del tratado. Consideró asimismo que, aun a

⁴⁵³ *Anuario...*, 1965, vol. I, 800ª sesión, 11 de junio de 1965, pág. 182, párr. 47.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 183, párr. 59 (Ruda) y pág. 184, párr. 76 (Briggs).

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 184, párrs. 68 y 69 (Tunkin); véase también pág. 183, párr. 54 (Tsuruoka), y pág. 184, párrs. 78 a 80 (Waldock).

⁴⁵⁶ Explicaciones de Waldock, *ibíd.*, 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 283, párr. 24.

falta de tal disposición, si un Estado necesitara un breve plazo para poner su derecho interno en consonancia con la situación resultante de la retirada de la reserva, la buena fe excluiría que el Estado autor de la reserva protestase por la dificultad que su propia reserva hubiera ocasionado"⁴⁵⁷.

7) Ello no deja de plantear problemas: la Comisión reintrodujo subrepticamente en el comentario la excepción que Waldock había querido incluir en el texto del futuro artículo 22 de la Convención. Además de que el procedimiento es discutible, la invocación del principio de la buena fe no da una directriz muy clara⁴⁵⁸.

8) En opinión de la Comisión, la cuestión estriba en determinar si la Guía de la práctica debe incluir la precisión hecha por la Comisión en su comentario de 1965: es natural mostrarse más preciso en este código de prácticas recomendadas que en las convenciones generales sobre el derecho de los tratados. No obstante, en este caso concreto, esa inclusión tropieza con graves objeciones: la "regla" enunciada en el comentario contradice claramente la norma que figura en la Convención y su inclusión en la Guía contravendría el contenido de ésta. Eso sería aceptable únicamente si existiese una necesidad manifiesta, pero no es así en este caso: Sir Humphrey Waldock dijo en 1965 que no se sabía "que [hubiese] ofrecido ninguna dificultad real la aplicación de un tratado por el Estado que [había] retirado su reserva"⁴⁵⁹; ese parecía seguir siendo el caso 38 años después. Así, no parece necesario, ni oportuno, contradecir o suavizar la norma enunciada en el párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena.

⁴⁵⁷ *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 229 y 230 (documento A/6309/Rev.1, párr. 2) del comentario del proyecto de artículo 20).

⁴⁵⁸ "Como destacó la Corte [Internacional de Justicia], el principio de la buena fe es "uno de los principios básicos que presiden la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas" (*Essais nucléaires*, C.I.J., *Recueil* 1974, pág. 268, párr. 46; pág. 473, párr. 49); "en sí mismo no es una fuente de obligación cuando no existiera de otro modo" (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, sentencia, C.I.J., *Recueil* 1988, pág. 105, párr. 94).

⁴⁵⁹ *Anuario...*, 1965, vol. I, 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 283, párr. 24.

9) Es cierto, sin embargo que, en algunos casos, el efecto del retiro de una reserva inmediatamente después de su notificación podría plantear dificultades. Pero el propio comentario de 1965 da una respuesta adecuada al problema: conviene, en ese caso, que las partes regulen este punto "mediante una disposición específica del tratado"⁴⁶⁰. En otras palabras, cada vez que el tratado se refiera a un asunto, como el estado de las personas o ciertos aspectos del derecho internacional privado, que pueda hacer pensar que el retiro inopinado de una reserva podría causar dificultades a las otras partes de resultados de la inadaptación de sus derechos internos, es preciso incluir en el tratado una cláusula expresa en la que se prevea el plazo necesario para tener en cuenta la situación creada por el retiro.

10) Eso es, por otra parte, lo que ocurre en la práctica. En numerosos tratados se fija ciertamente un plazo para que el retiro de la reserva produzca sus efectos, plazo éste que es más largo que el de derecho común que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena. En general, ese plazo va de uno a tres meses, pero se calcula, la mayoría de las veces, a partir de la notificación del retiro al depositario y no a los demás Estados contratantes⁴⁶¹. Por el contrario, en el tratado puede fijarse un plazo más corto que el resultante de las Convenciones de Viena; así, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989,

"Todo Estado contratante que haya formulado una reserva en virtud del apartado 1 podrá retirarla en todo o en parte dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efectos *a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.*"

⁴⁶⁰ Véase *supra*, párr. 6).

⁴⁶¹ Véanse los ejemplos dados por Pierre-Henri Imbert, *supra*, nota 324, pág. 390, o Franck Horn, *supra*, nota 324, pág. 438. Véase también, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (seis meses), o el párrafo 2 del artículo XIV de la Convención de Bonn sobre la conservación de las especies migratorias, de 23 de junio de 1979 (90 días desde de la comunicación de retirada a las Partes por el depositario) y el párrafo 3 del artículo 24 de la Convención sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, aprobada el 1º de agosto de 1988 por la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado (tres meses después de la notificación del retiro).

y no en la de la recepción de la notificación del depositario por las demás partes contratantes⁴⁶². Asimismo puede darse el caso de que un tratado prevea que corresponde al Estado que retira su reserva precisar la fecha en que el retiro surtirá efecto⁴⁶³.

11) Esas cláusulas expresas tratan de remediar los inconvenientes que presenta el principio enunciado en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena, que no está libre de críticas. Además de los problemas, examinados *supra*⁴⁶⁴, que puede plantear, en algunos casos, el hecho de que surta efecto el retiro desde la recepción de su notificación por las demás partes, se ha destacado que "no resuelve verdaderamente la cuestión del factor tiempo"⁴⁶⁵. Es verdad que gracias a la precisión introducida en la Conferencia de Viena de 1969⁴⁶⁶, los asociados del Estado o de la organización internacional que retira la reserva saben exactamente en qué momento produce efecto ese retiro, pero el autor del retiro permanece en la incertidumbre, dado que la notificación puede ser recibida en fechas muy diferentes por las demás partes, lo que produce el efecto enojoso de dejar al autor del retiro en la incertidumbre acerca de la fecha en que sus nuevas obligaciones surtirán efecto⁴⁶⁷. Salvo que se modifique el propio texto del apartado a) del

⁴⁶² La cursiva es añadida. Las convenciones del Consejo de Europa que contienen cláusulas relativas al retiro de reservas se ajustan, en general, a esa fórmula; véase el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades de 1963; el párrafo 2 del artículo 13 del Acuerdo europeo sobre la transmisión de solicitudes de asistencia judicial de 1977, o el párrafo 3 del artículo 29 de la Convención Europea sobre la Nacionalidad, de 1997.

⁴⁶³ Véase el párrafo 2 del artículo 12 del Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, de 18 de mayo de 1973 (revisado): "... Toda Parte Contratante que hubiera realizado reservas podrá retirarlas, total o parcialmente, en cualquier momento cursando una notificación al depositario indicando la fecha en que dicho retiro tendrá vigencia".

⁴⁶⁴ Párrs. 4) a 9).

⁴⁶⁵ P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 290.

⁴⁶⁶ Véase *supra*, nota 447.

⁴⁶⁷ Véase, en este sentido, las observaciones de Briggs, *Anuario...*, 1965, vol. I, 800ª sesión, 14 de junio de 1965, pág. 184, parr. 75, y 814ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 284, parr. 25.

párrafo 3 del artículo 22, no hay, sin embargo, ningún medio de paliar ese inconveniente, el cual parece demasiado mínimo en la práctica⁴⁶⁸ para tener que "revisar" el texto de Viena.

12) Es preciso sin embargo destacar a este respecto que el principio se aparta del derecho común: normalmente, un acto relativo a un tratado produce efectos a partir de la fecha de su notificación al depositario. Así se prevé en el apartado b) del artículo 16, en el párrafo 3 del artículo 24 y en el apartado b) del artículo 78 de la Convención de 1969⁴⁶⁹. Así lo ha considerado la Corte Internacional de Justicia en relación con las declaraciones facultativas de aceptación de su jurisdicción obligatoria, siguiendo un razonamiento que puede aplicarse por analogía en el marco del derecho de los tratados⁴⁷⁰. La excepción constituida por las disposiciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena se explican por la preocupación de evitar que los cocontratantes con el Estado que retira su reserva incurran en su responsabilidad por no haber respetado las disposiciones del tratado con respecto a éste, aun cuando ignoraban el retiro⁴⁷¹. Esta preocupación resulta encomiable.

⁴⁶⁸ Véase *supra*, párr. 8).

⁴⁶⁹ Apartado b) del artículo 79 de la Convención de 1986.

⁴⁷⁰ "Mediante el depósito de su declaración de aceptación en poder del Secretario General, el Estado aceptante pasa a ser parte en el sistema de la cláusula facultativa con respecto a todos los demás Estados declarantes, con todos los derechos y obligaciones que dimanen del artículo 36 (...). Es, efectivamente, en ese día que nace entre los Estados interesados el vínculo consensual que constituye la base de la cláusula facultativa". Sentencia de 26 de noviembre de 1957, *Droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires)*, C.I.J., Recueil 1957, pág. 146; véase también C.I.J., Recueil 1998, pág. 291, párr. 25; véase Corte Internacional de Justicia, sentencia de 11 de junio de 1998, *Frontières terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Exceptions préliminaires)*, C.I.J., Recueil 1998, pág. 293, párr. 30.

⁴⁷¹ Véase el comentario de la Comisión respecto del proyecto de artículo 22 aprobado en primera lectura, *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 210, y del proyecto de artículo 22 aprobado en segunda lectura, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 175.

13) La Comisión ha criticado a veces la inclusión, en algunas disposiciones de las Convenciones de Viena, de la fórmula "Salvo que el tratado disponga otra cosa"⁴⁷². Sin embargo, en algunos casos esa fórmula tiene el mérito de hacer alusión al interés que puede presentar la inclusión de cláusulas de reserva precisas en el tratado mismo para evitar los inconvenientes relacionados con la aplicación de la norma general o las ambigüedades resultantes del silencio⁴⁷³. Así ocurre cuando se trata de la fecha del retiro de las reservas, que sin duda es preferible regular expresamente en todos los casos en que la aplicación del principio enunciado en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena y recogido en la directriz 2.5.8 [2.5.9] podría plantear problemas, sea porque la relativa brusquedad de la aplicación del retiro podría plantear dificultades a las otras partes, sea, por el contrario, porque se quiera neutralizar el lapso de tiempo que precedía a la recepción de la notificación por éstas.

14) Para ayudar a los negociadores de tratados que plantean este tipo de problemas, la Comisión decidió incluir en la Guía de la práctica dos cláusulas tipo en las que éstos podrían inspirarse llegado el caso. El alcance de esas cláusulas tipo y su "modo de empleo" se precisan en una "nota explicativa" que figura al comienzo de la Guía de la práctica.

Cláusula tipo A - Aplazamiento de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto a la expiración de un plazo de X [meses] [días] contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

⁴⁷² Véase, por ejemplo, el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 15).

⁴⁷³ Véase, por ejemplo, los proyectos de directriz 2.3.1 ó 2.3.2.

Comentario

a) La cláusula tipo A tiene por objeto prolongar el plazo necesario para que surta efecto el retiro de una reserva y se recomienda en particular en los casos en que las otras partes contratantes pudieran tener que adaptar su propio derecho interno a la nueva situación creada por el retiro⁴⁷⁴.

b) Aunque los negociadores, evidentemente, pueden modular libremente como quieran el plazo necesario para que el retiro de la reserva surta efecto, parece conveniente que, en la cláusula tipo propuesta por la Comisión, el cómputo del plazo comience en la fecha en que la notificación del retiro haya sido recibida por el depositario y no por las otras partes contratantes, como prevé el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena. En efecto, por una parte el *dies a quo* fijado en esa disposición, que debe sin duda mantenerse en el proyecto de directriz 2.5.8 [2.5.9], tiene sus inconvenientes⁴⁷⁵. Por otra, en el presente caso, las Partes disponen de todos los datos necesarios para tener en cuenta el plazo probable de la comunicación del retiro a los otros Estados u organizaciones internacionales interesados; pueden así fijar la fecha de entrada en vigor en consecuencia.

Cláusula tipo B - Reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

Comentario

a) La cláusula tipo B se refiere a la situación inversa de la prevista en la cláusula tipo A. En efecto, puede haber casos en que las partes acuerden establecer un plazo más corto que el resultante de la aplicación del principio sentado en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena y recogido en el proyecto de directriz 2.5.8

⁴⁷⁴ Véase el párrafo 4) del comentario del proyecto de directriz 2.5.8.

⁴⁷⁵ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.8 [2.5.9].

[2.5.9]. Pueden querer evitar las lentitudes e incertidumbres vinculadas a la exigencia del recibo de la notificación del retiro por las otras partes contratantes. Así ocurre, en especial, cuando no hay necesidad de modificar el derecho interno como consecuencia del retiro de una reserva por otro Estado u otra organización.

b) Nada se opone, sin embargo, a que el tratado contenga una disposición por la que se haga una excepción al principio general enunciado en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena y se acorte el plazo requerido para que el retiro surta efecto. La inclusión en el tratado de una disposición que recoja el texto de la cláusula tipo B, cuya redacción está inspirada en la del párrafo 3 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 1989⁴⁷⁶, permitiría alcanzar ese objetivo.

Cláusula tipo C - Libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva

La Parte Contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha fijada por ese Estado en la notificación dirigida [al depositario].

Comentario

a) Las partes contratantes pueden desear también dejar al Estado o la organización internacional que formula la reserva la facultad de decidir la fecha en que el retiro surtirá efecto. La cláusula tipo C, cuya redacción sigue la del párrafo 2 del artículo 12 del Convenio de Kyoto (revisado) de 1973⁴⁷⁷, corresponde a esta hipótesis.

b) Hay que señalar que la inserción de una cláusula de esa índole en un tratado es inútil en los casos previstos en el proyecto de directriz 2.5.9 y que sólo presenta verdadero interés si se quiere permitir al autor de la reserva dar efecto inmediato a su retiro o, en cualquier caso, que éste produzca sus efectos más rápidamente que lo previsto en el apartado a) del

⁴⁷⁶ Véase el texto completo en el párrafo 10) del comentario del proyecto de directriz 2.5.8.

⁴⁷⁷ Véase el texto en el comentario del proyecto de directriz 2.5.8, *supra*, nota 463.

párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena. Por consiguiente, con la cláusula tipo C se persiguen objetivos comparables a los de la cláusula tipo B.

2.5.9. [2.5.10] *Casos en que el Estado o la organización internacional autora de la reserva pueden fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

- a) Esa fecha sea posterior a la fecha en la que los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o
- b) El retiro no confiera más derechos a su autor respecto de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz 2.5.9 [2.5.10] especifica los casos en que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena no es aplicable, no porque se haya dejado sin efecto, sino porque no fue concebido para eso. Independientemente de los supuestos en que una cláusula expresa del tratado excluye la aplicación del principio enunciado en esa disposición, así ocurre en los dos casos, aquí enumerados, en que el autor de la reserva puede fijar unilateralmente la fecha de efecto del retiro.
- 2) El primer apartado del proyecto de directriz 2.5.9 [2.5.10] prevé el supuesto en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva fija una fecha posterior a la que resulta de la aplicación del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22. Esto no plantea problemas especiales: el plazo previsto en esta disposición tiene por objeto impedir que las otras partes estén desprevenidas y permitir que estén plenamente informadas del alcance de sus compromisos con respecto al Estado (o la organización internacional) que renuncia a su reserva; desde el momento en que esa información es efectiva y se conoce de antemano, no hay ningún inconveniente en que la parte que formula la reserva fije como desee la fecha en que surte efecto el retiro de su reserva, fecha que, de todas maneras, hubiera podido diferir comunicando más tarde el retiro al depositario.

3) En el apartado a) del proyecto de directriz 2.5.9 [2.5.10] se utiliza deliberadamente el plural ("los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes"), en donde el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 recurre al singular ("ese Estado o esa organización"). En efecto, para que el retiro pueda producir sus efectos en la fecha especificada por su autor, es indispensable que *todos* los demás cocontratantes hayan recibido la notificación, sin lo cual no se respetarían el espíritu y la razón de ser del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22.

4) El apartado b) concierne al supuesto en que la fecha fijada por el autor de la reserva es anterior a la de la recepción de la notificación por las otras Partes contratantes. En este caso, sólo el autor del retiro (y, en su caso, el depositario) sabe que la reserva ha sido retirada. Ocurre así *a fortiori* cuando el retiro, como sucede a veces, se supone retroactivo⁴⁷⁸.

5) A falta de cláusula expresa en el tratado, la voluntad manifestada unilateralmente por el Estado que formula la reserva no puede prevalecer en principio sobre las claras disposiciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22, si las otras partes contratantes se oponen a ello. Sin embargo, la Comisión considera que no conviene exceptuar el caso de los tratados que crean "obligaciones integrales", en particular en el ámbito de los derechos humanos; en ese caso, no hay ningún inconveniente, al contrario, en que el retiro de la reserva produzca efectos inmediatos, incluso retroactivos, si el autor de la reserva retirada lo desea, dado que, por hipótesis, los derechos de los demás Estados no resultan afectados⁴⁷⁹. En la práctica, es en esta clase de situaciones cuando se realizan los retiros retroactivos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Véase el ejemplo dado por P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 291 (retiro de reservas de Dinamarca, de Noruega y de Suecia a las Convenciones de 1951 y 1954 sobre los refugiados y los apátridas; véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, al 31 de diciembre de 2000 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.01.V.5), vol. I, págs. 331 y 339.

⁴⁷⁹ Véase en este sentido P. H. Imbert, *supra*, nota 324, págs. 290 y 291.

⁴⁸⁰ Véase *supra*, nota 478.

6) La Comisión debatió la cuestión de saber si era preferible situarse en la perspectiva del Estado que retira la reserva o en la de las otras partes, en cuyo caso el apartado b) se hubiera redactado así: "... el retiro no confiere más obligaciones a los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes". Tras largos debates, la Comisión convino en que se trataba de dos caras de la misma moneda y optó por la primera solución, que parece estar más en consonancia con el papel activo del Estado que decide retirar su reserva.

7) En el texto inglés, el término francés "*auteur*" ("autor") [del retiro] se ha traducido por "*withdrawing State or international organization*". Huelga decir que dicha expresión no se refiere a un Estado o una organización internacional que se retira de un tratado, sino al Estado o la organización que retira su reserva.

2.5.10. [2.5.11] Retiro parcial de una reserva

El retiro parcial de una reserva limita el efecto jurídico de la reserva y asegura una aplicación más completa de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, por el Estado o la organización internacional autor del retiro.

El retiro parcial de una reserva estará sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surtirá efecto en las mismas condiciones.

Comentario

1) Según la doctrina dominante, "[p]uesto que cabe retirar una reserva, tal vez en determinadas circunstancias sea posible modificar o incluso sustituir una reserva, siempre que el resultado consista en limitar su efecto"⁴⁸¹. Aunque ese principio se formule con cautela, no es muy discutible y puede afirmarse más categóricamente: nada se opone a la modificación de una reserva siempre que dicha modificación restrinja su alcance y se considere un retiro parcial. El proyecto de directriz 2.5.10 parte de esa base.

2) Es evidente que esto no plantea el menor problema cuando la modificación está expresamente prevista en el tratado. Aunque sea relativamente infrecuente, existen cláusulas relativas a las reservas en este sentido. Así, por ejemplo, el párrafo 2 del

⁴⁸¹ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge U.P., 2000, pág. 128. Véase también P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 293, o Jörg Polakiewicz, *supra*, nota 362, pág. 96.

artículo 23 de la Convención relativa al contrato de transporte internacional de viajeros y equipaje por vías de navegación interior (Convención CVN), de 6 de febrero de 1976, dispone:

"La declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo [en el que se autorizan las reservas limitadas] podrá formularse, retirarse o modificarse en cualquier momento posterior; en ese caso, la declaración, el retiro o la modificación tendrán efecto a partir del nonagésimo día siguiente al de la recepción de la notificación por el Secretario General de las Naciones Unidas."

3) Además, más frecuentemente, se encuentran cláusulas de reserva en las que se prevé expresamente el retiro total o *parcial* de ellas. Así, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 8 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 20 de febrero de 1957, dispone:

"El Estado que formule una reserva conforme al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla, en su totalidad o en parte, en cualquier momento después de su aceptación, enviando para ello una notificación al Secretario General de las Naciones Unidas. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción."⁴⁸²

Lo mismo ocurre con el párrafo 2 del artículo 17 del Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección del medio ambiente por el derecho penal, de 4 de noviembre de 1998:

"Todo Estado contratante que haya formulado una reserva (...) podrá retirarla en su totalidad o en parte mediante notificación al Secretario General del Consejo de Europa. El retiro surtirá efecto en la fecha en que reciba la notificación el Secretario General."⁴⁸³

⁴⁸² Véase también, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 50 de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada en 1975: "El Estado que había formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas".

⁴⁸³ Véase también, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 13 de la Convención europea sobre la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977: "Todo Estado que haya formulado una reserva en virtud del párrafo anterior podrá retirarla en su totalidad o en parte mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, la cual surtirá efecto en la fecha en que se reciba". Con respecto a otros ejemplos de convenios celebrados bajo los auspicios del Consejo de Europa que contienen una cláusula comparable, véase el comentario al proyecto de directriz 2.5.2, *supra*, nota 362.

Igualmente, en virtud del párrafo 2 del artículo 15 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 20 de mayo de 1997:

"Los Estados miembros que hayan formulado una reserva podrán retirarla en todo momento, total o parcialmente, dirigiendo una notificación al depositario. La retirada surtirá efecto en la fecha de recepción de la notificación por el depositario."

4) El hecho de que el retiro total o parcial se mencionen simultáneamente en numerosas cláusulas convencionales pone de manifiesto las estrechas relaciones que existen entre ambos. Sin embargo, esta relación, que confirma la práctica, es a veces impugnada por la doctrina.

5) Cuando se elaboraba el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en la Comisión de Derecho Internacional, Sir Humphrey Waldock sugirió que se aprobara un proyecto de artículo en el que se situara en el mismo plano el retiro total y parcial de las reservas⁴⁸⁴. Tras examinar el Comité de Redacción este proyecto, fue enviado al plenario sin que figurase en él ninguna mención de la posibilidad de retirar una reserva "en parte"⁴⁸⁵, sin que de las actas resumidas de los debates se pueda deducir la razón de tal cambio. La explicación más verosímil es que pareció evidente: "quien puede lo más puede lo menos" y, ante el silencio un tanto sorprendente del comentario, cabe suponer que por "retiro" se debe entender "retiro total o parcial".

6) Sin embargo, ello no es tan evidente y la doctrina⁴⁸⁶ se muestra algo indecisa al respecto. En la práctica, se puede citar cierto número de reservas a convenciones celebradas en el marco del Consejo de Europa que fueron modificadas sin que ello

⁴⁸⁴ Véase el párrafo 6 del proyecto de artículo 17, que figura en el primer informe de Sir Humphrey, *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 70, párr. 69.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 210; sobre las modificaciones introducidas por el Comité de Redacción en el proyecto del Relator Especial, véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.1, párr. 3).

⁴⁸⁶ Véase P. H. Imbert, *supra*, nota 324, pág. 293.

suscitara objeciones⁴⁸⁷. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos "ha mostrado cierta flexibilidad" en cuanto al requisito temporal que figura en el artículo 64 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸⁸:

"Como la legislación interna se puede modificar de vez en cuando, la Comisión ha considerado que una modificación de la ley protegida por la reserva, aun cuando entrañe una modificación de ésta, no contradice la exigencia temporal del artículo 64. Según la Comisión, a pesar de los términos utilizados en el artículo 64, "... en la medida en que una ley *entonces en vigor* en su territorio no sea conforme... la reserva formulada por Austria el 3 de septiembre de 1958 (1958-1959) [2 *Anuario* 88-91] abarca... la ley de 5 de julio de 1962, la cual no ha tenido como resultado ampliar *a posteriori* el ámbito sustraído al control de la Comisión"⁴⁸⁹.

7) Esta última precisión es esencial y da probablemente la clave de esta jurisprudencia: *puesto que* la nueva ley *no ampliaba* el alcance de la reserva, la Comisión consideró que ésta quedaba cubierta⁴⁹⁰. Técnicamente, no se trata de una modificación de la reserva propiamente dicha sino del efecto de la modificación de la ley interna; sin embargo, parece legítimo razonar de la misma manera. Por lo demás, en algunos casos, los Estados han

⁴⁸⁷ Véase Jörg Polakiewicz, *supra*, nota 362, pág. 95; es cierto que parece tratarse más de "declaraciones relativas a la incorporación de un tratado a la legislación interna" en el sentido del proyecto de directriz 1.4.5 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 251 a 256) que de reservas propiamente dichas.

⁴⁸⁸ Artículo 57 desde la entrada en vigor del Protocolo N° 11: "1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley entonces en vigor en su territorio no sea conforme a esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general. 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate".

⁴⁸⁹ William A. Schabas, comentario del artículo 64, en L. E. Petiti, E. Decaux y P. H. Imbert dirs., *La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article*, Economica, París, 1995, pág. 932; cursiva en el texto original; notas de pie de página omitidas. Véanse los informes de la Comisión sobre los asuntos *Association X c. Autriche* (req. N° 473/59), *Ann. 2*, pág. 405, o *X c. Autriche* (req. N° 88180/78), *DR 20*, págs. 23 a 25.

⁴⁹⁰ Véase la opinión parcialmente disidente del magistrado Valticos en el asunto *Chorherr c. Autriche*: "En caso de modificación de la ley, la divergencia a la que se refiere la reserva podría probablemente, si no se quiere ser estricto, ser mantenida en el nuevo texto, pero, naturalmente, no podría agravarse" (sentencia de 25 de agosto de 1993, serie A, N° 226-B, pág. 40).

modificado oficialmente sus reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en el sentido de reducir su alcance) sin que hayan protestado las demás partes contratantes⁴⁹¹.

8) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede interpretarse de la misma manera en el sentido de que, si bien la jurisdicción de Estrasburgo se niega a extender a leyes nuevas más restrictivas el beneficio de una reserva hecha en el momento de la ratificación, procede de diferente manera si la ley posterior a la ratificación "no va más lejos que una ley en vigor en la fecha en que se formuló dicha reserva"⁴⁹².

Sin embargo, las repercusiones del asunto *Belilos* plantean dudas a este respecto.

9) Después de la posición adoptada por el Tribunal de Estrasburgo acerca de las consecuencias de su determinación de que la "declaración" suiza formulada en 1974 en relación con el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio no era válida⁴⁹³, Suiza, no sin dudas⁴⁹⁴, modificó en un primer momento su "declaración" -que el Tribunal consideró semejante a una reserva, al menos en lo que respecta a las normas aplicables-, a fin de hacerla compatible con la sentencia de 29 de abril de 1988⁴⁹⁵. La "declaración interpretativa" modificada de esa forma fue notificada por Suiza al Secretario General del Consejo de Europa, depositario del Convenio, y al Comité de Ministros "en su calidad de órgano de supervisión de la ejecución de los fallos del Tribunal"⁴⁹⁶. Esas notificaciones no

⁴⁹¹ Véanse los retiros parciales sucesivos por Finlandia de su reserva al artículo 5 en 1996, 1998, 1999 y 2001 (véase <http://conventions/coe/int/Treaty/FR/cadreprincipal.htm>).

⁴⁹² Sentencia de 25 de febrero de 1982, *Campbell et Cosans*, serie A, vol. 48, pág. 17, párr. 37.

⁴⁹³ El Tribunal consideró que "la declaración en cuestión no se ajusta a dos de los imperativos del artículo 64 de la Convención [véase, *supra*, nota 484], por lo que corresponde considerarla inválida" (serie A, vol. 132, párr. 60) y que, "no cabe dudar de que Suiza se considera obligada por el Convenio independientemente de la validez de la declaración" (*ibíd.*).

⁴⁹⁴ Iain Cameron y Frank Horn, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos Case*", *B.Y.B.I.L* 1990, págs. 69 a 129.

⁴⁹⁵ Considerando que la censura del Tribunal no se refería más que al "aspecto penal", Suiza había limitado su "declaración" a los procedimientos civiles.

⁴⁹⁶ Jean-François Flauss, "Le contentieux de la validité des réserves à la C.E.D.H. devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6,

parecen haber dado lugar a impugnación ni planteado dificultades ante los órganos del Convenio o por parte de los demás Estados Partes⁴⁹⁷. Sin embargo, los resultados fueron distintos ante los propios tribunales suizos. En efecto, en su sentencia de 7 de diciembre de 1992, dictada en el asunto *Elisabeth F. c. R. et Conseil d'Etat du canton de Thurgovie*, el Tribunal federal suizo consideró que, en relación con los motivos de la sentencia *Belilos*, era toda la "declaración interpretativa" de 1974 la que era nula y que, por lo tanto, no había una reserva válidamente formulada que pudiera modificarse 12 años más tarde; en todo caso, se trataría de una reserva nueva, lo que no era compatible de la condición *ratione temporis* impuesta a la formulación de reservas por el artículo 64 del Convenio de Roma⁴⁹⁸ y el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969⁴⁹⁹. El 29 de agosto de 2000, Suiza retiró oficialmente la "declaración interpretativa" relativa al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁰.

10) Pese a las apariencias, no cabría deducir de esa importante sentencia que si un órgano de supervisión de tratados normativos (se trate o no de derechos humanos) determina la nulidad de una reserva quede excluida la posibilidad de modificar la reserva impugnada. En efecto:

paragraphe 1", *R.U.D.H.* 1993, pág. 301; véase también William Schabas, "Reservations to Human Rights to Treaties: Time for Innovation and Reform", *Ann. canadien de droit international* 1985, pág. 48. Respecto de las referencias a esas notificaciones, véase Consejo de Europa, *Série des traités européens (STE)*, N° 5, págs. 16 y 17, y resolución DH (89) 24 (anexo) del Comité, de fecha 19 de septiembre de 1989.

⁴⁹⁷ Sin embargo, algunos autores han impugnado su validez; véase Gérard Cohen-Jonathan, "Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme", *R.G.D.I.P.* 1989, pág. 314 y las obras mencionadas en la sentencia citada *infra* (nota 499) del Tribunal fédéral suisse, de 17 de diciembre de 1992 (párr. 6.b), y por J. F. Flauss, *supra*, nota 496, pág. 300.

⁴⁹⁸ Véase *supra*, nota 488.

⁴⁹⁹ En *Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, págs. 523 a 537, se recogen largos extractos del fallo del Tribunal federal traducidos al francés. Los pasajes pertinentes aquí figuran en el párrafo 7 de la sentencia (págs. 533 a 537).

⁵⁰⁰ Cf. <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>.

- la posición del Tribunal Federal suizo se basa en la idea de que, en este caso, la "declaración" de 1974 era nula en su integridad (aun cuando no hubiera sido anulada expresamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, sobre todo,
- en esa misma sentencia, el Tribunal indica que:

"Si la declaración de 1988 no representa más que una precisión y una limitación de la reserva formulada en 1974, nada se opone a esta manera de proceder. Aun cuando ni el artículo 64 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 (RS 0.111), regulan expresamente esta cuestión, cabe considerar que una nueva formulación de una reserva ya existente debe, por regla general, ser siempre posible cuando tenga por objeto restringir su alcance. Esta manera de proceder no limita al compromiso interestatal del Estado interesado, sino que lo aumenta de conformidad con la Convención."⁵⁰¹

11) Esto constituye una excelente presentación del derecho aplicable y del motivo fundamental que lo sostiene: no hay ninguna razón válida para oponerse a que un Estado *limite* el alcance de una reserva anterior procediendo a retirarla, aunque sea parcialmente; se asegura mejor la integridad del tratado y no se excluye que, como consecuencia, otras partes retiren las objeciones que hubieran podido hacer a la reserva inicial⁵⁰².

Por añadidura, como se ha observado, si no existiera esa posibilidad se rompería la situación de igualdad entre las partes (cuando, por lo menos, existe un órgano de supervisión del tratado): "Los Estados que son Partes en el Convenio desde hace mucho tiempo podrían considerarse víctimas de un trato desigual en relación con otros Estados que han ratificado el Convenio [más recientemente], y *a fortiori* en relación con las futuras partes contratantes"⁵⁰³, las cuales tienen la ventaja de conocer las posiciones adoptadas por el órgano de supervisión en cuanto a la validez de reservas comparables a la que tal vez ellas se propusieran formular, y en consecuencia pueden adaptarlas.

⁵⁰¹ Véase la resolución mencionada en *supra*, nota 499, pág. 535.

⁵⁰² Véase en este sentido Frank Horn, *supra*, nota 324, pág. 223.

⁵⁰³ J. F. Flauss, *supra*, nota 496, pág. 299.

12) Por otra parte, son consideraciones de este tipo⁵⁰⁴ las que llevaron a la Comisión a estimar, en sus Conclusiones preliminares de 1997, que, al extraer las consecuencias de la inadmisibilidad de una reserva, "el Estado puede, por ejemplo, modificar su reserva a fin de que deje de ser inadmisibile..."⁵⁰⁵: es evidente que esto no es posible cuando cabe la posibilidad de modificar la reserva en el sentido de un retiro parcial.

13) En la práctica, los retiros parciales están lejos de ser inexistentes, aunque no sean muy frecuentes, pero los retiros de reservas, en general, no son muy abundantes. En 1988, Franck Horn señalaba que, de 1.522 reservas o declaraciones interpretativas formuladas respecto de tratados de los que era depositario el Secretario General de las Naciones Unidas, "47 se han retirado en su totalidad o en parte..."⁵⁰⁶. En la mayoría de los casos, es decir, 30 declaraciones o reservas, los retiros han sido parciales. De éstos, seis han sido retiros sucesivos que sólo en dos casos han llegado al retiro total"⁵⁰⁷. La tendencia, aunque no se ha acelerado, no ha decrecido desde entonces y se pueden citar bastantes ejemplos:

- el 11 de noviembre de 1988, Suecia procedió al retiro parcial de su reserva al párrafo 2 del artículo 9 de la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956⁵⁰⁸;

⁵⁰⁴ Véase *Anuario...*, 1997, vol. II (segunda parte), págs. 49, 55 y 56, párrs. 86 y 141 a 144.

⁵⁰⁵ Párrafo 10 de las Conclusiones preliminares, *Anuario...*, 1997, vol. II (segunda parte), pág. 58.

⁵⁰⁶ De esos 47 retiros, 11 tuvieron lugar con ocasión de una sucesión de Estados. No es dudoso que un Estado sucesor pueda retirar parcial o totalmente las reservas de su predecesor (véase el artículo 20 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978), pero, como decidió la Comisión (véase *Anuario...*, 1995, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 477, o *Anuario...*, 1997, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 221), todos los problemas de las reservas relacionadas con una sucesión de Estados se estudiarán *in fine* y serán objeto de un capítulo distinto de la Guía de la práctica.

⁵⁰⁷ *Supra*, nota 324, pág. 226. Esas estadísticas dan indicaciones interesantes, pero deben considerarse con cautela.

⁵⁰⁸ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire générale - État au 31 décembre 2000*, vol. II, cap. XX.1, pág. 187, nota 9; véase también la "reformulación" por parte de Suecia, en 1966, de una de sus reservas a la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, al

- en dos ocasiones, en 1986 y 1995, ese mismo país procedió al retiro parcial o total de algunas de sus reservas a la Convención internacional para la protección de los artistas ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961⁵⁰⁹;
- el 5 de julio de 1995, después de presentar varias objeciones, la Jamahiriya Árabe Libia modificó "haciéndola más específica", la reserva general que había formulado al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979⁵¹⁰; etc.

En todos esos casos, que constituyen sólo algunos ejemplos, el Secretario General, depositario de las convenciones de que se trataba, tomó nota de la modificación sin hacer el menor comentario.

14) Sin embargo, la práctica del Secretario General no es absolutamente constante y puede ocurrir que ante modificaciones que parezcan restringir mucho el alcance de las reservas de que se trate, actúe como en el caso de la formulación tardía de reservas⁵¹¹ y se limite "de conformidad con la práctica seguida en casos análogos", a "recibir en depósito la modificación salvo objeciones por parte de un Estado contratante, ya sea al propio depósito o al procedimiento previsto"⁵¹². Esta práctica se justifica en los términos siguientes en el

mismo tiempo que retiraba otras reservas (ibíd., vol. I, pág. 331, nota 23) y el retiro parcial (en 1963), luego total (en 1980) de una reserva de Suiza a esa misma convención (ibíd.).

⁵⁰⁹ Ibíd., vol. II, cap. XIV.3, pág. 62, nota 7; véase también la modificación de una reserva de Finlandia a la misma Convención, de fecha 10 de febrero de 1994, por la que se reducía su alcance (ibíd., nota 5).

⁵¹⁰ Ibíd., vol. I, cap. IV.8, pág. 253, nota 24.

⁵¹¹ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.3.1, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 536 a 538, párrs. 10) a 12).

⁵¹² Cf. el procedimiento seguido, por ejemplo, con respecto a la modificación presentada el 28 de septiembre de 2000 por Azerbaiyán -en un sentido indiscutiblemente restrictivo (que correspondía a las observaciones formuladas por los Estados que habían hecho una objeción a su reserva inicial)- a su reserva al segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de

Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités

multilatéraux: "cuando los Estados desean formular nuevas reservas que sustituyen a las que hicieron en el momento del depósito, su acción [se considera] un retiro de las reservas iniciales -lo cual no plantea dificultades- seguido de la formulación de nuevas reservas"⁵¹³. Esa posición parece haber sido confirmada en una circular del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, de fecha 4 de abril de 2000, en la que se precisaba "la práctica seguida por el Secretario General, en su calidad de depositario, en lo que respecta a las comunicaciones en las que los Estados expresan su intención de modificar reservas a los tratados multilaterales de los que es depositario o que pueden interpretarse en sentido de que presentan tales modificaciones"; por esa nota se cambió el plazo de respuesta de las demás Partes de 90 días a 12 meses⁵¹⁴.

15) Aparte de que contradice la práctica que parece predominar cuando la modificación prevista restringe el alcance de la reserva modificada, esa posición tiene más matices de lo que parece a simple vista. La circular de 4 de abril de 2000 debe considerarse conjuntamente con la respuesta dada el mismo día por el Asesor Jurídico a una nota verbal presentada por Portugal en nombre de la Unión Europea, en la que se señalaban las dificultades que planteaba el plazo de 90 días. En esa nota se distingue entre "la modificación de una reserva ya existente" y "el retiro parcial de la misma". Cuando se trata de comunicaciones del segundo tipo, "el Asesor Jurídico comparte la preocupación expresada por el Representante Permanente en el sentido de que es muy conveniente que, en la medida de lo posible, las comunicaciones que constituyen únicamente retiros

Derechos Civiles y Políticos cuyo objetivo era abolir la pena de muerte (*Traités multilatéraux...*, vol. I, cap. IV.12, págs. 310 y 311, nota 6).

⁵¹³ Documento preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos (ST/LEG/8), Nueva York, 1997, párr. 206, pág. 62.

⁵¹⁴ Memorando del Asesor Jurídico a los Representantes Permanentes de los Estados Miembros ante las Naciones Unidas, LA4ITR/221 (23-1). Para más detalles sobre ese plazo, véase el comentario del proyecto de directriz 2.3.2, A/56/10, *supra*, nota 511, págs. 546 y 547, párrs. 8) y 9).

parciales de reservas no estén sujetas al procedimiento apropiado para las modificaciones de las reservas".

16) Por lo tanto, no es más que una cuestión terminológica: el Secretario General llama "modificaciones" a los retiros que amplían el alcance de las reservas y "retiros parciales" a los que lo restringen, y éstos no están sujetos (o no deberían estar sujetos, pese a una práctica a veces indecisa) al engorroso procedimiento que se aplica en los casos de formulación tardía de una reserva⁵¹⁵. Imponer el plazo de un año antes de que la *atenuación* de la reserva pueda producir sus efectos y someter éstos al riesgo de un "veto" de sólo una de las demás partes sería sin duda contraproducente y contrario al principio de que conviene, en la medida de lo posible, preservar la integridad del tratado.

17) A pesar de que existen algunos elementos de incertidumbre, del conjunto de las consideraciones que anteceden se desprende que la modificación de una reserva que tenga el efecto de restringir su alcance debe someterse al mismo régimen jurídico que un retiro total. A fin de evitar ambigüedades, sobre todo teniendo en cuenta la terminología utilizada por el Secretario General de las Naciones Unidas⁵¹⁶, más vale hablar aquí de "retiro parcial".

18) El segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11] se refiere a la armonización de las reglas aplicables al retiro parcial de las reservas con las aplicables en caso de retiro total. Por consiguiente, remite implícitamente a los proyectos de directriz 2.5.1, 2.5.2, 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*], 2.5.6 y 2.5.8 [2.5.9], que se aplican íntegramente a los retiros parciales. No ocurre así en cambio con el proyecto de directriz 2.5.7 relativo al efecto del retiro total⁵¹⁷.

19) Para evitar toda confusión, la Comisión ha juzgado además útil puntualizar, en un primer párrafo, la definición de lo que constituye un retiro parcial. Esa definición se

⁵¹⁵ Cf. proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3, *ibíd.*, págs. 528 a 550.

⁵¹⁶ Véase *supra*, párrs. 14) a 16).

⁵¹⁷ Véase el proyecto de directriz 2.5.11 y el párrafo 1) de su comentario.

inspira en la definición misma de las reservas que se desprende del apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y de los proyecto de directriz 1.1 y 1.1.1 [1.1.4] (a la que se refieren las palabras "asegura una aplicación más completa... del tratado en su conjunto").

20) Sin embargo, no coincide con ella: mientras que una reserva se define "subjetivamente" por el objetivo que persigue su autor (lo que refleja la expresión "con objeto de..." en esas disposiciones), el retiro parcial lo es "objetivamente" por los efectos que produce. Esa diferencia se explica porque mientras que una reserva sólo produce efecto cuando es aceptada (expresa o implícitamente)⁵¹⁸, su retiro, sea total o parcial, produce sus efectos sin que "el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado"⁵¹⁹ sea necesario, ni tampoco ninguna otra formalidad suplementaria. Ese efecto se menciona en el primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11] ("limita el efecto jurídico de la reserva y asegura una aplicación más completa de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto") y se precisa en el proyecto de directriz 2.5.11 [2.5.12].

2.5.11. [2.5.12] Efecto del retiro parcial de una reserva

El retiro parcial de una reserva modifica los efectos jurídicos de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva. Una objeción hecha a esa reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no la retire, en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada.

No se podrá hacer ninguna objeción a la reserva resultante del retiro parcial, a menos que ese retiro parcial tenga un efecto discriminatorio.

Comentario

1) Mientras que la forma y el procedimiento del retiro parcial deben sin duda ajustarse a las del retiro puro y simple⁵²⁰, se plantea, en cambio, el problema de saber si las

⁵¹⁸ Véase el artículo 20 de las Convenciones de Viena.

⁵¹⁹ Véase el proyecto de directriz 2.5.1.

⁵²⁰ Véase *supra*, comentario del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11], párr. 18).

disposiciones de los proyectos de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] ("Efecto del retiro de una reserva") pueden transponerse al caso de los retiros parciales. En realidad, no cabe dudar mucho: el retiro parcial de una reserva no puede equipararse a un retiro total y no cabe afirmar que "el retiro *parcial* de una reserva entraña la aplicación del tratado *en su integridad* en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira *parcialmente* la reserva y todas las demás partes, con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto"⁵²¹. Es cierto que el tratado puede aplicarse de manera más completa en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva y las demás partes contratantes; pero no "en su integridad", porque se supone que, por hipótesis, la reserva (aunque atenuada) sigue existiendo.

2) Sin embargo, aunque el retiro parcial de una reserva no constituya una reserva nueva⁵²², no por ello deja de producir la modificación del texto anterior. En consecuencia, como especifica la primera frase del proyecto de directriz 2.5.11 [2.5.12], el efecto jurídico de la reserva resulta modificado "en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva". Esa redacción se inspira en la terminología utilizada en el artículo 21 de las Convenciones de Viena⁵²³, sin entrar por ello a debatir el fondo de los efectos de las reservas y de las objeciones hechas a ellas.

⁵²¹ Cf. proyecto de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8].

⁵²² Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11], párr. 15).

⁵²³ Cf. el párrafo 1 del artículo 21: "Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23: a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma".

3) Se plantea otro problema particular en el caso de un retiro parcial. El efecto del retiro total es dejar sin efecto las objeciones que se hubieran formulado a la reserva inicial⁵²⁴, incluso si esas objeciones fueran acompañadas de una negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva⁵²⁵. No hay razón para que ocurra así en el caso de un retiro parcial. Es cierto que los Estados o las organizaciones internacionales que hubieran formulado objeciones deberían reexaminarlas y retirarlas si el motivo o los motivos por los que las hubieran formulado había desaparecido al modificarse la reserva, y sin duda pueden proceder a retirarlas⁵²⁶, pero no tienen obligación de hacerlo y pueden mantenerlas si lo juzgan oportuno, a menos, bien entendido, que la objeción se justificara expresamente por la parte de la reserva que se retira. En este último caso, la objeción desaparece por sí misma, que es lo que significan las palabras "en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada". A este respecto se plantean dos cuestiones.

4) La primera es saber si los autores de una objeción que no sea de esta índole deben confirmarla oficialmente o si se debe considerar que la objeción se aplica a la reserva en su nueva formulación. A la luz de la práctica, no parecen plantearse dudas en cuanto a que se impone esa presunción de continuidad y el Secretario General de las Naciones Unidas, en

⁵²⁴ Cf. el primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] ("... con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto").

⁵²⁵ Cf. el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.8 [2.5.9].

⁵²⁶ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11], párr. 11), y *supra*, nota 502.

tanto que depositario, parece considerar que la continuidad de la objeción debe darse por sentada⁵²⁷. Ello parece bastante lógico: el retiro parcial no hace desaparecer la reserva inicial y no constituye una nueva reserva; *a priori*, las objeciones que se le hayan formulado siguen, pues, aplicándose legítimamente mientras sus autores no las retiren. La segunda frase del primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.11 [2.5.12] saca las consecuencias de esa constatación.

5) La segunda cuestión que se plantea es preguntarse si el retiro parcial de una reserva puede, a la inversa, ser una ocasión nueva para formular una objeción a la reserva tal como resulte de ese retiro parcial. Puesto que no se trata de una reserva nueva sino de la atenuación de una reserva existente, nuevamente formulada a fin de acercar más los compromisos del Estado que formula la reserva a los previstos en el tratado, a primera vista puede parecer por lo menos dudoso que las otras partes contratantes puedan hacer una objeción a la nueva formulación⁵²⁸: si aceptaron la reserva inicial, no se comprende que puedan hacer una objeción a la nueva que, por hipótesis, es de efectos atenuados. Por consiguiente, en principio, lo mismo que un Estado no puede hacer una objeción al retiro puro y simple, tampoco puede hacer una objeción a un retiro parcial.

6) En opinión de la Comisión, ese principio tiene, sin embargo, una excepción. Aunque no parezca existir ningún ejemplo, podría ocurrir que el retiro parcial tuviera un efecto discriminatorio. Así ocurriría, por ejemplo, si un Estado o una organización internacional renunciara a una reserva anterior salvo con respecto a ciertas partes o categorías de partes o

⁵²⁷ Las objeciones de Dinamarca, Finlandia, México, Noruega, los Países Bajos o Suecia a la reserva de la Jamahiriya Árabe Libia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (véase el comentario del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11], *supra*, nota 510, no fueron modificadas después de que este último país la volviera a formular y siguen figurando en *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, al 31 de diciembre de 2000 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.01.V.5), vol. I, cap. IV.8, págs. 245 a 250.

⁵²⁸ Mientras que, sin duda, pueden levantar sus objeciones iniciales que, como las propias reservas, pueden ser retiradas en cualquier momento (véase el párrafo 2 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986); y el comentario del proyecto de directriz 2.5.10 [2.5.11], párr. 11).

con respecto a ciertas categorías de beneficiarios con exclusión de otros. En esos casos, parece necesario que esas partes puedan formular una objeción a la reserva aunque no la hubieran hecho a la reserva inicial, cuando se aplicaba uniformemente a la totalidad de las partes contratantes. El segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.11 [2.5.12] sienta a la vez el principio de la imposibilidad de hacer una objeción a una reserva con ocasión de un retiro parcial, y el de esa excepción en el caso en que el retiro sea discriminatorio.

Capítulo IX

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

A. Introducción

369. La Comisión decidió en su 54º período de sesiones, celebrado en 2002, incluir en su programa de trabajo el tema titulado "Recursos naturales compartidos"⁵²⁹.

370. En su 2727ª sesión, el 30 de mayo de 2002, la Comisión decidió además nombrar Relator Especial al Sr. Chusei Yamada⁵³⁰.

371. La Asamblea General, en el párrafo 2 de su resolución 57/21, de 19 de noviembre de 2002, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema "Recursos naturales compartidos" en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

372. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/533 y Add.1).

373. La Comisión examinó el primer informe del Relator Especial en sus sesiones 2778ª y 2779ª, celebradas el 22 y el 23 de julio de 2003, respectivamente. La Comisión celebró también, el 30 de julio de 2003, una reunión oficiosa de información con la participación de expertos en aguas subterráneas de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Asociación Internacional de Hidrogeólogos (AIH). Su asistencia fue organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe

374. El Relator Especial señaló que el informe que la Comisión tenía ante sí (A/CN.4/533 y Add.1) era de carácter preliminar y tenía por objeto presentar los antecedentes del tema y solicitar a la Comisión orientaciones generales sobre el curso que había que dar al futuro estudio, así como proporcionar un calendario provisional para ese empeño.

375. Por lo que respecta al título, el Relator Especial opinaba que se debía mantener en su forma actual, puesto que la Asamblea General lo había aprobado oficialmente.

376. Recordó que la Comisión se había ocupado por primera vez del problema de los recursos naturales compartidos durante su labor de codificación del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En esa ocasión, la Comisión acordó

⁵²⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 10, (A/57/10), cap.X, sec. A.1, párr. 518.*

⁵³⁰ *Ibíd.*, párr. 519.

excluir del tema las aguas subterráneas confinadas que no estaban relacionadas con las aguas de superficie; no obstante, se estimó asimismo entonces que un estudio separado estaba justificado debido a la importancia de las aguas subterráneas confinadas en muchas partes del mundo. Se hizo observar que el derecho relativo a las aguas subterráneas era más afín al que regía la explotación del gas y el petróleo.

377. En relación con este tema, el Relator Especial se proponía examinar las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, el petróleo y el gas, empezando por las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. A fin de determinar hasta qué punto los principios enunciados en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997, podrían ser aplicables, consideraba indispensable saber exactamente qué eran esas aguas subterráneas. Señaló también que la labor realizada sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, especialmente en lo concerniente al aspecto de la prevención, era pertinente para el estudio del tema.

378. La adición del informe tenía carácter técnico y su objeto era facilitar una mejor comprensión de lo que constituían aguas subterráneas confinadas transfronterizas. Observó que en distintos organismos se desarrollaban esfuerzos internacionales para gestionar las aguas subterráneas.

379. El Relator Especial señaló que, pese a compartir el mismo origen atmosférico, las aguas subterráneas confinadas se distinguían de las aguas superficiales en varios aspectos. A diferencia de éstas, la ordenación de las aguas subterráneas era muy reciente, como lo era también la ciencia de la hidrogeología; en caso de extracción, algunos recursos hídricos subterráneos podrían agotarse rápidamente; actividades no relacionadas realizadas en la superficie podían tener efectos perjudiciales en las aguas subterráneas, por lo que quizás fuera necesario estudiar la reglamentación de actividades distintas de la de los usos de las aguas subterráneas.

380. Aunque la expresión "aguas subterráneas confinadas transfronterizas" era comprensible en abstracto, no estaba tan claro si el concepto era viable en relación con la puesta en práctica de la gestión de las aguas subterráneas. Incluso en las regiones donde la ordenación de las aguas subterráneas estaba más avanzada, no se había clasificado las aguas subterráneas según fueran relacionadas o no relacionadas. Además, observó que los hidrogeólogos entendían por acuífero "confinado" un acuífero cuya agua estaba sometida a presión. Teniendo en cuenta que para los expertos un acuífero poco profundo no era un acuífero confinado y sólo un acuífero fósil podía ser clasificado así, parecía necesario encontrar una terminología que pudiera ser perfectamente comprendida por todos.

381. El Relator Especial concluyó diciendo que tenía la intención de realizar estudios sobre la práctica de los Estados en materia de usos y ordenación, incluida la prevención de la contaminación, y los casos de conflicto, así como las normas internas e internacionales. Por otra parte, intentaría deducir algunas normas jurídicas de los regímenes existentes y quizás preparar algunos proyectos de artículo.

2. Resumen del debate

382. Los miembros acogieron complacidos el primer informe, en el que se exponían los antecedentes del tema y se enumeraban las principales cuestiones que podrían abordarse. Como se decía en el informe, dado el papel fundamental que desempeñaba el agua en la satisfacción de las necesidades humanas básicas, el tema tenía repercusiones a largo plazo sobre la paz y la seguridad internacionales. Se expresó apoyo al planteamiento prudente adoptado por el Relator Especial que hacía hincapié en la necesidad de profundizar en el estudio de los aspectos técnicos y jurídicos antes de adoptar una decisión definitiva acerca de cómo debía proceder la Comisión.

383. Algunos miembros señalaron a la atención la relación entre este tema y el de la responsabilidad internacional (*international liability*) y opinaron que era posible cierta armonización de los trabajos en uno u otro campo.

384. Algunos miembros consideraron que el título era demasiado general y que podía ser aclarado, por ejemplo, agregándole un subtítulo que especificara los tres subtemas que se proponía abordar el Relator Especial o refiriéndose exclusivamente al subtítulo de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. El título también necesitaba ser precisado en lo referente al sentido del término "compartidos": ¿Quién compartiría y cuándo? ¿Se aplicaría también al petróleo y el gas? A este respecto se dijo que, dada la naturaleza extremadamente diversa de los acuíferos, la metáfora de compartirlos era difícilmente aplicable.

385. En cuanto a los cambios propuestos al título del tema, se señaló que la Asamblea General lo había aprobado oficialmente pero que eso, de ser necesario, se podría modificar más adelante.

386. Se expresaron algunos recelos en lo que respecta a la exclusión de recursos compartidos como los minerales y los animales migratorios. Con todo, se señaló que los problemas que planteaban los minerales eran de naturaleza diferente y que la mejor manera de abordar las cuestiones que se suscitaban en relación con los animales migratorios era por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales.

387. Se expresó la opinión de que un informe único que abarcara el petróleo y el gas además de las aguas subterráneas proporcionaría una mejor perspectiva global del tema, especialmente con respecto a los principios aplicables a los tres recursos y a las diferencias entre ellos.

388. Se manifestaron ciertas dudas con respecto a la aportación que podría hacer la Comisión en relación con los subtemas propuestos del petróleo y el gas, cuyos problemas eran de naturaleza diferente y que solían abordarse mediante procedimientos jurídicos y diplomáticos.

389. Se sugirió que se diera prioridad a la cuestión de las aguas subterráneas confinadas y, en particular, a la de la contaminación de las aguas subterráneas no conectadas. Se expresó la opinión de que el examen del tema del petróleo y el gas debía aplazarse hasta que la Comisión hubiese concluido sus trabajos sobre las aguas subterráneas.

390. Además, dadas las características de las aguas subterráneas, se planteó la cuestión de si podría ser aplicable a dichas aguas un régimen marco. Se subrayó también que el principio de

soberanía era tan pertinente en el caso de las aguas subterráneas, como en el del petróleo y el gas, y que, por consiguiente, cualquier referencia al concepto de patrimonio común de la humanidad causaría inquietud.

391. Se hizo observar la necesidad de analizar con más detalle el alcance del estudio sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. Se sugirió que la investigación abarcara, no sólo la práctica relativa a la protección de la calidad de los acuíferos, sino también la relativa a su explotación. A este respecto, sería importante examinar los criterios para compartir un recurso: las necesidades de los Estados, la proporcionalidad o la imparcialidad.

392. Se expresó la opinión de que el sentido exacto de la expresión "aguas subterráneas" merecía una aclaración terminológica y que sería muy útil contar a este respecto con la asistencia de expertos. Se señaló asimismo que era necesario comprender las diferencias entre aguas superficiales y aguas subterráneas confinadas, como se proponía en el informe, y aclarar el sentido de "confinadas" ya que no parecía ser un término empleado por los hidrogeólogos.

393. Se señaló también la necesidad de que la Comisión elaborase una definición de las aguas subterráneas transfronterizas no conectadas con las aguas de superficie y determinase su importancia para los Estados, en especial los países en desarrollo. Además, se estimó deseable incluir en informes futuros más estadísticas de los países en desarrollo, que dependían de las aguas subterráneas en mejor medida que los países desarrollados.

394. Se apoyó asimismo la idea de que el Relator Especial obtuviese un inventario de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas en el plano mundial con un análisis de las características regionales de los recursos.

395. Algunos miembros indicaron que era crucial mostrarse muy prudente en el planteamiento del tema, que no debería ser demasiado globalizador y debería tener en cuenta la evolución pertinente de la práctica regional. A este respecto, se destacó que los acuerdos internacionales vigentes se referían sólo a la ordenación de los recursos naturales y no a su propiedad o explotación.

396. Algunos miembros expresaron la opinión de que los medios para solucionar la crisis mundial del agua mencionada en el informe eran de la incumbencia de los Estados en cuyo subsuelo se encontraban los recursos; así sucedía en el caso de los recursos de petróleo y gas y no había ningún motivo para aplicar un planteamiento diferente a los recursos hídricos subterráneos. Se señaló asimismo que había que tener en cuenta los principios que regían la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales, enunciados en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962.

397. Otros miembros pusieron en duda la aplicabilidad al tema de los principios enunciados en la Convención sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997; opinaban que algunos de esos principios no se podían transponer automáticamente a la ordenación de un recurso fundamentalmente limitado y no renovable como las aguas subterráneas. Tal era el caso, por ejemplo, del artículo 5 de la Convención que versaba sobre el principio de utilización equitativa y razonable. En otros casos, en cambio, las

disposiciones de la Convención eran demasiado débiles o necesitaban ser modificadas; dada la vulnerabilidad de los acuíferos fósiles a la contaminación, el artículo 7 de la Convención, relativo a las medidas destinadas a impedir que se causen daños sensibles a otros Estados, no era suficiente. Algunos miembros también manifestaron su preocupación en lo referente al alcance del presente estudio con respecto a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

398. Otros miembros fueron del parecer de que, por ahora, lo que había que analizar eran las características específicas de las aguas subterráneas, y que más adelante se podrían establecer analogías con las convenciones internacionales.

399. Se hizo observar que, teniendo en cuenta la complejidad del tema, el estudio de las aguas subterráneas quizás necesitara más tiempo del previsto por el Relator Especial.

400. A la luz de la información proporcionada en el informe, parecía probable que serían necesarios unos estándares de utilización y prevención de la contaminación más rigurosos que los aplicados a las aguas superficiales; se sugirió asimismo que sería apropiado adoptar estándares más estrictos que los aplicados en el marco del tema de la responsabilidad (*liability*) y el concepto de "daño sensible". También se mencionó la necesidad de un mecanismo para la solución de controversias.

401. Se expresó también la opinión de que la "solución" de los problemas planteados no sería probablemente de orden jurídico, sino que al abordar tales cuestiones el éxito dependería de una combinación compleja de procedimientos políticos, sociales y económicos. Por consiguiente, la Comisión no debería acometer la elaboración de un conjunto de normas preceptivas sino más bien la de un régimen que alentara a los Estados a cooperar entre sí y a determinar las técnicas adecuadas para resolver las controversias que pudieran surgir en relación con el acceso a los recursos mencionados y su gestión.

402. Se expresó la opinión de que la Comisión podía elaborar unos principios generales sobre el tema, teniendo debidamente en cuenta los mecanismos regionales. Se señaló también que la decisión relativa a la forma de las normas que elaborase la Comisión podría adoptarse en una etapa ulterior.

3. Conclusiones del Relator Especial

403. El Relator Especial señaló, con respecto a las preocupaciones expresadas acerca del término "compartido", que interpretaba ese concepto en el sentido de que no se refería a la propiedad, sino a la responsabilidad de la gestión del recurso, y que la polémica podía evitarse definiendo el alcance del tema en concreto.

404. Manifestó su preferencia por centrar la atención primero en la cuestión de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas y aplazar hasta después la decisión final sobre el alcance. El debate también había puesto de manifiesto la necesidad de reexaminar la definición de aguas subterráneas que debía utilizarse en el estudio.

405. Por lo que respecta a los problemas planteados por las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, se declaró de acuerdo con la opinión de que una solución jurídica no constituía una panacea y de que, por consiguiente, sería preferible quizás formular ciertos principios y regímenes de cooperación, incluida la solución de controversias. El Relator Especial reconoció asimismo que era necesario profundizar en el análisis antes de poder determinar hasta qué punto los principios enunciados en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación eran aplicables a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas; lo mismo cabía decir de la elaboración de umbrales más estrictos en materia de daño transfronterizo.

406. Además, observó que unos regímenes regionales quizás fueran más eficaces que un régimen universal y, por consiguiente, opinó que la importancia de su función se podría reconocer debidamente en la formulación de normas.

Capítulo X

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

407. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión, después de haber examinado el estudio de viabilidad⁵³¹ que se había llevado a cabo sobre el tema "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", decidió incluir ese tema en su programa de trabajo a largo plazo⁵³².

408. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, tomó nota de la decisión de la Comisión relativa a su programa de trabajo a largo plazo y del plan de estudio del nuevo tema que figuraba en el anexo del informe de la Comisión correspondiente a 2000.

409. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, pidió a la Comisión que siguiera considerando los temas que hubiese que incluir en su programa de trabajo a largo plazo, teniendo debidamente presentes las observaciones hechas por los gobiernos.

410. En su 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir este tema en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio sobre el tema. Decidió también cambiar el título del tema por el de "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional"⁵³³. Acordó asimismo aprobar una serie de recomendaciones, incluida la realización de una serie de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "régimenes autónomos".

411. La Asamblea General, en el párrafo 2 de su resolución 57/21, de 19 de noviembre de 2002, tomó nota, entre otras cosas, de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

⁵³¹ G. Hafner, "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), anexo.

⁵³² *Ibíd.*, cap. IX, sec. A.1, párr. 729.

⁵³³ *Ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/57/10), cap. IX, sec. A, párrs. 492 a 494.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

412. En el actual período de sesiones, la Comisión decidió, en su 2758ª sesión, celebrada el 16 de mayo de 2003, establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema y nombró Presidente al Sr. Martti Koskenniemi en sustitución del Sr. Bruno Simma, que había dejado de ser miembro de la Comisión al haber sido elegido Magistrado de la Corte Internacional de Justicia.

413. El Grupo de Estudio celebró cuatro sesiones el 27 de mayo y los días 8, 15 y 17 de julio de 2003. Sus debates giraron en torno al establecimiento de un calendario provisional de los trabajos que había que llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003 a 2006), a la distribución entre los miembros del Grupo de Estudio de la labor sobre los estudios b) a e)⁵³⁴ acordados en 2002, a la decisión sobre la metodología que había que adoptar para esa labor y al examen preliminar del esquema del tema "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"" (tema a), acordado en 2002), preparado por el Presidente.

414. En su 2779ª sesión, celebrada el 23 de julio de 2003, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio.

C. Informe del Grupo de Estudio

1. Observaciones generales

415. Durante un primer cambio de impresiones, las deliberaciones del Grupo de Estudio giraron fundamentalmente en torno a un análisis del informe del Grupo de Estudio de 2002 (A/57/10, párrs. 489 a 513) y del Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/529, sec. F).

416. En relación con los antecedentes del tema y los métodos que había que seguir para su estudio, se observó que el examen de las diversas declaraciones y escritos sobre la cuestión de la fragmentación ponía de manifiesto la necesidad de trazar una distinción entre las perspectivas institucional y sustantiva. Mientras que la primera centraba la atención en lo concerniente a las

⁵³⁴ Los temas de estudio elegidos en 2002 fueron los siguientes: a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"; b) La interpretación de los tratados a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; c) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados); d) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados); e) La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto.

cuestiones institucionales de coordinación práctica, la jerarquía institucional y la necesidad de que los distintos operadores jurídicos -en especial los tribunales judiciales y arbitrales internacionales- tuvieran en cuenta su jurisprudencia respectiva, la segunda consistía en examinar si, y cómo, la sustancia misma del derecho se había fragmentado en regímenes especiales quizás faltos de coherencia o en oposición entre sí.

417. Se observó que esa distinción era importante, especialmente para determinar cómo debía la Comisión llevar a cabo su estudio. El análisis de los debates de la Comisión en su 54º período de sesiones (2002) parecía poner de manifiesto una preferencia por la perspectiva sustantiva. En el párrafo 505 del informe de 2002⁵³⁵ se hacía constar que hubo acuerdo en que la Comisión no debía ocuparse de cuestiones referentes a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas. En otras palabras, no se pedía a la Comisión que se ocupase de la proliferación institucional.

418. La Sexta Comisión de la Asamblea General parecía estar de acuerdo con la Comisión a este respecto. Del párrafo 227 del Resumen por temas se desprendía que varias delegaciones coincidían en que la Comisión no debía tratar por el momento las cuestiones relativas a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas, y del párrafo 229 que la Comisión no debía actuar de árbitro en las relaciones entre instituciones.

419. Se señaló que, al abordar los aspectos sustantivos, sería necesario tener presente que había por lo menos tres modalidades diferentes de interpretación o conflicto que guardaban relación con la cuestión de la fragmentación, pero que había que considerar por separado:

- a) El conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, como el que se suscitó en el *asunto Tadic*⁵³⁶. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se desvió en su sentencia del principio del "control efectivo" aplicado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*⁵³⁷ como criterio jurídico para determinar cuándo, en un conflicto armado presuntamente interno, se podía considerar que un grupo armado militar o paramilitar actuaba por cuenta de una Potencia extranjera. Optó, en cambio, por el criterio de un "control general". En ese asunto, el Tribunal examinó la jurisprudencia de la Corte y

⁵³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), cap. IX.*

⁵³⁶ *The Prosecutor v. Duško Tadic*, sentencia, asunto N° IT-94-1-A, A. Ch., 15 de julio de 1999, párrs. 115 a 145.

⁵³⁷ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *I.C.J. Reports*, 1986, pág. 14, en párrs. 109 a 116. La Corte señaló en este asunto que debía haber un "control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones [de los derechos humanos y el derecho humanitario]"; párr. 115. La Corte no aplicó el mismo criterio del "control efectivo" con respecto a las otras pretensiones aducidas por Nicaragua.

de otros tribunales y decidió apartarse del razonamiento expuesto en la sentencia de la Corte.

- b) El conflicto que surge cuando un órgano especial se desvía del derecho general, no a consecuencia de un desacuerdo en cuanto al contenido de ese derecho, sino en razón de la aplicabilidad de un derecho especial. No se considera modificar el derecho general, sino que el órgano especial afirma que en ese caso es aplicable un derecho especial. Este supuesto ha surgido en los órganos de derechos humanos al aplicar los instrumentos de derechos humanos en relación con el derecho general de los tratados, especialmente en los casos relativos a los efectos de las reservas. En el *asunto Belilos*⁵³⁸ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos revocó una declaración interpretativa calificándola de reserva inadmisible y negándose a tenerla en cuenta al mismo tiempo que afirmaba que el Estado declarante estaba obligado por el Convenio.
- c) El conflicto que surge cuando ramas especializadas del derecho parecen estar en oposición entre sí. Puede haber conflicto, por ejemplo, entre el derecho mercantil internacional y el derecho internacional del medio ambiente. Las soluciones aportadas a este respecto por la doctrina jurídica no parecen concordes. El Grupo Especial para la solución de diferencias del GATT, en el informe emitido en 1994 en las *Diferencias relativas a la cuestión del atún y el delfín*⁵³⁹, si bien admitió que el objetivo del desarrollo sostenible había sido reconocido generalmente por las Partes Contratantes en el Acuerdo General, observó que la práctica a tenor de los tratados bilaterales y multilaterales relativos al medio ambiente no podía considerarse como práctica a tenor de la normativa aplicada de conformidad con el régimen del Acuerdo General y que, por lo tanto, no podía afectar a su interpretación. En el *Asunto de las*

⁵³⁸ *Belilos v. Switzerland*, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, 1988 ECHR (Ser. A), N° 132, párr. 60.

⁵³⁹ *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, 33 ILM (1994) 839. Véase también *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, 30 ILM (1991) 1594. El Grupo Especial de 1994 señaló además que la relación entre las medidas ambientales y comerciales se examinaría en el marco de los acuerdos de la OMC; en la pág. 899. Véase también, sin embargo, *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, AB-1998-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, en el que éste reconoció la importancia de proteger y preservar el medio ambiente, en particular de adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, y de que los miembros actuaran conjuntamente en forma bilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger tales especies. No obstante, subrayó que esas medidas debían aplicarse de forma que no constituyese una discriminación arbitraria e injustificable entre miembros de la OMC ni una restricción encubierta al comercio internacional; párrs. 184 a 186. Para las referencias a diversos tratados sobre el medio ambiente, véase párrs. 129 a 135, 153 a 155 y 168.

*hormonas de la carne de bovino*⁵⁴⁰, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio concluyó que el "principio precautorio", fuera cual fuese su valor jurídico en derecho del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante para la OMC al igual que, a su juicio, no había llegado a ser vinculante como norma consuetudinaria de derecho internacional.

420. Los precedentes ejemplos se consideraron sólo a título ilustrativo del marco conceptual en que podía surgir un conflicto sustantivo sin pronunciarse sobre el fondo de cada caso ni dar a entender que esa fuera la única manera de interpretarlos. Los tres supuestos –el conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, entre el derecho general y un derecho especial que supuestamente constituye una excepción a aquél y entre dos ramas especializadas del derecho– tenían que analizarse separadamente por la sola razón de que planteaban la cuestión de la fragmentación de maneras diferentes.

421. Por lo demás, se señalaba en el párrafo 506 del informe de 2002 que la Comisión había decidido no establecer analogías jerárquicas con los ordenamientos jurídicos internos. No obstante, la jerarquía no estaba totalmente ausente del estudio de la Comisión. En el apartado e) de las recomendaciones formuladas en el párrafo 512 del informe de 2002 de la Comisión se enunció como tema de estudio "La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto".

422. El Grupo de Estudio observó que el tema de la fragmentación, a pesar de las reservas expresadas acerca de su idoneidad como tema de estudio, había obtenido el apoyo general de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones. La Sexta Comisión estimó que el tema era de gran actualidad en vista de la posibilidad de que surgieran conflictos a los niveles sustantivo y de procedimiento como consecuencia de la proliferación de instituciones que aplicaban o interpretaban el derecho internacional. Estimó que la naturaleza del tema, tan diferente de la de otros temas examinados antes por la Comisión, justificaba la creación del Grupo de Estudio. También se destacaron los aspectos tanto positivos como negativos de la fragmentación y se apoyó la idea de que se realizaran estudios y se organizaran seminarios.

423. Las recomendaciones formuladas por la Comisión en su informe de 2002 también obtuvieron amplio apoyo en la Sexta Comisión. Pareció manifestarse una preferencia por un estudio general de las normas y los mecanismos para resolver los conflictos. La Asamblea respaldó asimismo la opinión de la Comisión de que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados proporcionaría un marco apropiado para llevar a cabo el estudio. Se propuso además que se examinara la cuestión de la norma de la *lex posterior*, aunque también se consideró que ese examen se efectuaría en el marco del presente programa de trabajo.

⁵⁴⁰ *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, AB-1997-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrs. 120 a 125.

2. Calendario provisional, programa de trabajo y metodología

424. El Grupo de Estudio convino en adoptar el siguiente calendario provisional para el período de 2004 a 2006, basándose esencialmente en los estudios recomendados en el párrafo 512 del informe de la Comisión de 2002.

425. Se convino en que, en 2004, el Presidente actual del Grupo iniciaría un estudio sobre "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)" basándose en el esquema y las deliberaciones del Grupo de Estudio de 2003. Dicho estudio incluiría además un análisis del marco conceptual general en el que se había planteado y se consideraba la cuestión de la fragmentación en su conjunto. El estudio podría comprender proyectos de directriz cuya aprobación se propondría a la Comisión en una etapa posterior de sus trabajos.

426. Se convino también en que miembros de la Comisión prepararían en 2004 breves esquemas preliminares sobre los restantes estudios enumerados en los apartados b) a e) del párrafo 512. Dichos esquemas deberían girar, en la medida en que fuera procedente, alrededor de las cuatro cuestiones siguientes: a) la naturaleza del tema en relación con la fragmentación; b) la aceptación y el fundamento de la norma pertinente; c) la aplicación de la norma pertinente; d) las conclusiones, incluidos en su caso unos proyectos de directriz.

427. Se convino en distribuir la labor de preparación de los esquemas de la manera siguiente:

- a) La interpretación de los tratados a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional: Sr. William Mansfield;
- b) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados): Sr. Teodor Melescanu;
- c) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados): Sr. Riad Daoudi;
- d) La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto: Sr. Zdzislaw Galicki.

428. Los cinco estudios deberían completarse en 2005. El Grupo de Estudio celebraría también un primer debate sobre la naturaleza y el contenido de las posibles directrices, y se reserva el año 2006 para la compaginación del estudio definitivo que abarque todos los temas, incluida la elaboración, en su caso, de las directrices.

3. Examen del estudio sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)

429. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio concentró su atención en un esquema del estudio preparado por el Presidente. El Grupo de Estudio elogió la orientación general del esquema, que versaba, entre otras cosas, sobre el marco normativo de la fragmentación. Se apoyó el marco conceptual general propuesto, en el que se distinguían los tres tipos de conflicto normativo en relación con los cuales debía considerarse la cuestión de la fragmentación, conforme a lo indicado en el párrafo 419 *supra*. Aunque la fragmentación resultante de interpretaciones contradictorias del derecho general no constituía necesariamente un caso de *lex specialis*, se estimó que era un aspecto importante de la fragmentación que merecía ser estudiado más a fondo. Habida cuenta de lo delicado que era abordar cuestiones institucionales, se sugirió que ese examen se limitara a un análisis y evaluación de las cuestiones planteadas, incluida la posibilidad de formular sugerencias prácticas relativas a un diálogo más intenso entre los diversos operadores jurídicos.

430. El Grupo de Estudio examinó las cuestiones conceptuales preliminares tratadas en el marco del esquema en relación con la función y el alcance de la norma de la *lex specialis*. Las cuestiones planteadas giraban en torno a la naturaleza de la norma de la *lex specialis*, su aceptación y fundamento, la distinción relacional entre la norma "general" y la norma "especial" y la aplicación de la norma de la *lex specialis* en caso de "identidad de objeto".

431. Hubo acuerdo en que podía decirse que la norma de la *lex specialis* se aplicaba en los dos contextos diferentes propuestos en el esquema, a saber, la *lex specialis* como ampliación o aplicación del derecho general en una situación concreta y la *lex specialis* como excepción al derecho general. Según el punto de vista más estricto, la *lex specialis* se aplicaba sólo cuando la norma especial entraba en conflicto con el derecho general. Se convino en que el estudio descriptivo debía abarcar tanto la concepción amplia como la concepción estricta de la *lex specialis*, sin perjuicio quizás de limitar más adelante el planteamiento. Además, se debían examinar los supuestos en que la norma general prohibía cualquier modificación que la dejase sin efecto.

432. Se decidió examinar en el marco de este tema las esferas reguladas por un derecho regional, que a juicio de algunos miembros era algo conceptualmente diferente de la *lex specialis*. Se estimó asimismo que quizás hubiera que prestar atención a las cuestiones relativas a las medidas adoptadas en el marco de acuerdos u organismos regionales en relación con el sistema centralizado de seguridad colectiva al amparo de la Carta de las Naciones Unidas. Se consideró útil también estudiar más a fondo y ampliar las conclusiones generales relativas a la omnipresencia de los principios del derecho internacional general frente a los cuales se aplicaba la norma de la *lex specialis*, teniendo en cuenta las diferentes opiniones expresadas en el Grupo de Estudio a este respecto.

433. El Grupo de Estudio examinó la supuesta existencia de "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*) conforme a lo expuesto en el esquema. Se convino en que, si bien tales regímenes se identificaban a veces por remisión a las normas secundarias especiales correspondientes, la distinción entre normas primarias y normas secundarias era a menudo difícil

de aplicar y quizás no fuera necesaria para el estudio. Al examinar la aceptación y el fundamento de tales regímenes autónomos (*self-contained regimes*), así como la relación entre regímenes autónomos y derecho general, el Grupo de Estudio subrayó la importancia que tenía también a este respecto el derecho internacional general. Se insistió, en particular, en que los aspectos del funcionamiento de un régimen autónomo (*self-contained regimes*) no regulados específicamente por éste se regían por el derecho internacional general, que volvía a ser plenamente aplicable en caso de que el "régimen autónomo" (*self-contained regimes*) dejase de funcionar.

434. El Grupo de Estudio convino en que sería útil examinar la *lex specialis* y los regímenes autónomos (*self-contained regimes*) en relación con el derecho general. Consideró, sin embargo, que para elucidar las relaciones entre la *lex specialis* y el derecho internacional general convendría recurrir a ejemplos concretos en vez de entablar debates teóricos de gran alcance. Probablemente era superfluo, por ejemplo, tomar posición sobre la cuestión de si el derecho internacional podía o no calificarse de "sistema completo".

435. El Grupo de Estudio, aunque tomó nota con interés de los factores sociológicos e históricos que explicaban la diversificación, la fragmentación y el regionalismo, como la existencia de culturas jurídicas comunes, subrayó que concentraría su estudio en las cuestiones jurídicas y analíticas y en la posible elaboración de unas directrices para que fueran examinadas por la Comisión.

Capítulo XI

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión

436. En su 2758ª sesión, celebrada el 16 de mayo de 2003, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el actual período de sesiones.

437. El Grupo de Planificación celebró seis sesiones. Tuvo ante sí la sección del Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones, titulada "Otras decisiones y conclusiones de la Comisión" (A/CN.4/529, sec. G) y los párrafos 7, 8, 10, 12 y 15 de la resolución 57/21 de la Asamblea General relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones.

438. En su 2783ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2003, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

439. El Grupo de Planificación reconstituyó su Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo y nombró al Sr. Pellet Presidente de ese Grupo de Trabajo.

2. Documentación de la Comisión

440. En lo que respecta a la cuestión de la documentación de la Comisión teniendo presente el informe del Secretario General titulado "Mejorar el desempeño del Departamento de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias" (A/57/289), así como el párrafo 15 de la resolución 57/21 de la Asamblea General, la Comisión comprende las razones del informe del Secretario General titulado "Mejorar el desempeño del Departamento de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias" (A/57/289), que tiende a limitar el número de páginas de los informes de los órganos subsidiarios. No obstante, la Comisión quisiera recordar que por las características particulares de su labor no resulta conveniente aplicar límites a la extensión de la documentación de la Comisión.

441. La Comisión observa que fue creada para prestar asistencia a la Asamblea General en el desempeño de la obligación que le incumbe a tenor del apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. A su vez, esta obligación se derivaba del reconocimiento, por parte de quienes participaron en la redacción de la Carta, de que si se quería llegar a establecer normas jurídicas internacionales de común acuerdo, en muchas esferas del derecho internacional un elemento necesario del proceso de acuerdo sería un análisis y una formulación precisa de la práctica de los Estados. Por consiguiente, la Comisión debe conforme a su Estatuto, justificar sus propuestas a la Asamblea General y, en último término, a los Estados, fundándose en el

derecho vigente y en las necesidades de su desarrollo progresivo atendiendo a las exigencias actuales de la comunidad internacional. Esto significa que los proyectos de artículos u otras recomendaciones contenidas en los informes de los Relatores Especiales y en el propio informe de la Comisión tendrán que estar apoyados por amplias referencias a la práctica de los Estados, la doctrina y los precedentes e ir acompañados de extensos comentarios. La Comisión está obligada, en virtud del artículo 20 de su Estatuto, a someter sus proyectos de artículos a la Asamblea General con un comentario que contenga: a) una presentación adecuada de los precedentes y otros datos pertinentes, con inclusión de tratados, sentencias judiciales y doctrina; b) conclusiones sobre: i) el grado de acuerdo existente sobre cada punto, en la práctica de los Estados y en la doctrina; ii) las divergencias y los desacuerdos que subsistan, así como los argumentos invocados en apoyo de una u otra tesis.

442. Además de esas consideraciones de orden jurídico, la Comisión desea asimismo señalar que su informe, los informes de los Relatores Especiales y los proyectos de investigación, estudios y documentos de trabajo conexos así como las preguntas dirigidas a los Estados son indispensables también por las siguientes razones:

- i) Constituyen un elemento decisivo del proceso que permite consultar a los Estados y conocer sus opiniones;
- ii) Ayudan a los distintos Estados a comprender e interpretar las normas enunciadas en las convenciones de codificación;
- iii) Forman parte de los trabajos preparatorios de esas convenciones y con frecuencia se hace remisión a ellos, son citados en la correspondencia diplomática de los Estados, en los alegatos pronunciados ante la Corte Internacional de Justicia y en las sentencias de la propia Corte;
- iv) Contribuyen a la difusión de información sobre el derecho internacional de conformidad con el programa pertinente de las Naciones Unidas; y
- v) Son un producto de la labor de la Comisión tan importante como los propios proyectos de artículos y permiten a la Comisión desempeñar, de conformidad con su Estatuto, las tareas que le confía la Asamblea General.

443. Por consiguiente, la Comisión, como ha señalado en ocasiones anteriores⁵⁴¹, considera que sería totalmente inadecuado tratar de determinar de antemano e *in abstracto* la extensión máxima de los informes de los Relatores Especiales o de su propio informe, así como de los diversos proyectos conexos de investigación, estudios y otros documentos de trabajo. Como antes se ha explicado, la extensión de un determinado documento de la Comisión dependerá de diversos factores variables, tales como la naturaleza del tema y la importancia de la práctica pertinente de los Estados, la doctrina y los precedentes. La Comisión considera, pues, que las nuevas normas sobre la limitación del número de páginas que figuran en el documento A/57/289 no deberían

⁵⁴¹ Véase *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 133 y *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 134.

aplicarse a su propia documentación, que debería seguir estando exenta de limitaciones de extensión, de conformidad con diversas resoluciones anteriores de la Asamblea General⁵⁴². La Comisión desea destacar, no obstante, que tanto ella como sus Relatores Especiales advierten perfectamente la necesidad de hacer todas las economías posibles en el volumen global de la documentación y que seguirán teniendo presente tal necesidad.

3. Relaciones de la Comisión de Derecho Internacional con la Sexta Comisión

444. Como medio de facilitar un diálogo mejor y más eficaz entre ella y la Sexta Comisión, la Comisión de Derecho Internacional, en su informe de 1996⁵⁴³, consideró que debería:

"... esforzarse por ampliar su práctica de determinar las cuestiones respecto de las cuales se piden comentarios concretos, de ser posible con antelación a la aprobación de proyectos de artículos sobre la cuestión. Estas cuestiones deberían tener un carácter más general y "estratégico" y no tratarse de técnica de redacción."

La sugerencia fue bien acogida por la Sexta Comisión, que, en el párrafo 14 de su resolución 51/163, pidió a la Comisión de Derecho Internacional que indicara en relación con cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales la opinión de los gobiernos, expresada ya sea en la Sexta Comisión o por escrito, podría revestir particular interés para orientar de manera efectiva la labor futura de la Comisión.

445. En consecuencia, la Comisión, en su informe de 1997, añadió dos capítulos adicionales (capítulos II y III). El capítulo II consistiría en una descripción muy general de la labor realizada por la Comisión en el período de sesiones en curso sobre un tema concreto y el capítulo III tendría por objeto indicar en un solo capítulo cuestiones relativas a temas concretos respecto de los cuales las opiniones de los gobiernos serían particularmente útiles para la Comisión. Por añadidura, considerando que la extensión del informe de la Comisión daba lugar a que se retrasara su preparación oficial y su distribución, se pidió a la secretaría de la Comisión que distribuyera con carácter oficioso a los gobiernos los capítulos II y III.

446. A fin de aumentar la utilidad del capítulo III, la Comisión propone que los Relatores Especiales, en la preparación de los puntos y cuestiones respecto de los cuales se buscan en particular las opiniones de los gobiernos, quizás podrían proporcionar unos antecedentes suficientes y una elaboración sustantiva de las cuestiones a fin de ayudar a los gobiernos a preparar sus respuestas.

⁵⁴² Véase la resolución 32/151, párr. 10, la resolución 37/111, párr. 5 y todas las resoluciones posteriores sobre los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

⁵⁴³ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), párr. 181.

4. Honorarios

447. La Comisión reiteró las opiniones que había expresado en los párrafos 525 a 531 de su informe sobre la labor realizada en el 54º período de sesiones (A/57/10). Insistió nuevamente en que la decisión adoptada por la Asamblea General en su resolución 56/272: i) estaba en contradicción directa con las conclusiones y recomendaciones del informe del Secretario General publicado con la signatura A/53/643, ii) se había adoptado sin consultar a la Comisión y iii) no era compatible, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto al fondo, con los principios de equidad con arreglo a los cuales las Naciones Unidas desarrollaban sus actividades ni con el espíritu de servicio con el que los miembros de la Comisión aportaban su tiempo y abordaban su labor. La Comisión subrayó que la resolución mencionada afectaba especialmente a los Relatores Especiales, en particular los de países en desarrollo, ya que comprometía el apoyo a su necesaria labor de investigación.

B. Fecha y lugar de celebración del 56º período de sesiones de la Comisión

448. La Comisión decidió celebrar un período de sesiones de diez semanas dividido en dos partes, que tendrá lugar en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 3 de mayo al 4 de junio y del 5 de julio al 6 de agosto de 2004.

C. Cooperación con otros organismos

449. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Grandino Rodas. El Sr. Rodas hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2764ª sesión, el 28 de mayo de 2003, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión. Hubo después un intercambio de opiniones.

450. En la 2775ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2003, el Sr. Jiuyong Shi, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión acerca de las actividades recientes de la Corte y de los asuntos actualmente sometidos a su consideración. Su declaración consta en el acta resumida de esa sesión. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

451. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público estuvieron representados en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Guy de Vel. El Sr. de Vel hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2777ª sesión, el 18 de julio de 2003, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión. Hubo luego un intercambio de opiniones.

452. La Organización Consultiva Jurídica Asiática-Africana estuvo representada en el presente período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Wafik Kamil. El Sr. Kamil hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2678ª sesión, el 22 de julio de 2003, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión. Hubo después intercambio de opiniones.

453. Los miembros de la Comisión mantuvieron un intercambio de opiniones oficioso sobre cuestiones de interés común, y en particular sobre el tema "Reservas a los tratados", con

miembros del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 13 de mayo de 2003; con miembros del Comité de Derechos Humanos el 31 de julio de 2003; y con miembros de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos el 7 de agosto de 2003. El 30 de julio de 2003, los miembros de la Comisión celebraron una reunión oficiosa sobre el tema "Recursos naturales compartidos" con expertos de la FAO y la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, cuya asistencia fue organizada por la UNESCO.

454. El 15 de mayo de 2003 hubo un intercambio de opiniones oficioso sobre la fragmentación del derecho internacional entre los miembros de la Comisión y miembros de la Société française de droit international. El 22 de mayo de 2003 hubo un intercambio de opiniones oficioso entre los miembros de la Comisión y funcionarios de los servicios jurídicos del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre temas de interés común. El 29 de julio de 2003 hubo un intercambio de opiniones oficioso entre los miembros de la Comisión y miembros de la Asociación de Derecho Internacional sobre temas de interés común para ambas instituciones (la protección diplomática, la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el programa de trabajo a largo plazo).

455. Esas reuniones, que ampliaban los intercambios de opiniones y la cooperación de la Comisión con otros organismos, fueron particularmente útiles.

D. Representación en el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General

456. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Enrique J. A. Candioti, la representaría en el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General.

457. Además en su 2790ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2003, la Comisión pidió al Sr. Giorgio Gaja que asistiera al quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General a tenor de lo dispuesto en el párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea General.

E. Seminario de Derecho Internacional

458. De conformidad con la resolución 57/21 de la Asamblea General, el 39º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 7 al 25 de julio de 2003, durante el presente período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a estudiantes avanzados que se especializan en derecho internacional y a jóvenes profesores y funcionarios públicos que tienen intención de seguir una carrera académica o diplomática o de trabajar en la administración pública de su país.

459. Pudieron asistir al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades, en su mayoría de países en desarrollo⁵⁴⁴. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones

⁵⁴⁴ Participaron en el 39º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional: Sra. Sylvia Ama Adusu (Ghana); Sr. Mutlaq Al-Qahtani (Qatar); Sra. Karine Ardault (Francia); Sr. Bernard Bekale-Meviane (Gabón); Sr. David Berry (Canadá); Sra. Laura Castro Grimaldo (Panamá); Sra. Athina Chanaki (Grecia); Sra. Namalimba Coelho Ferreira (Angola);

plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

460. El Presidente de la Comisión, Sr. Enrique J. A. Candioti, inauguró el Seminario. El Sr. Ulrich von Blumenthal, Oficial Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, estuvo encargado de la administración, organización y desarrollo del Seminario.

461. Algunos miembros de la Comisión dictaron las siguientes conferencias: Sr. Víctor Rodríguez Cedeño: "Actos unilaterales de los Estados"; Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao: "El daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas"; Sr. Djamchid Momtaz: "Poner fin a la impunidad"; Sr. John Dugard: "Protección diplomática"; Sr. Ian Brownlie: "La labor de la Corte Internacional de Justicia"; Sr. Chusei Yamada: "Recursos naturales compartidos"; Sra. Paula Escarameia: "El uso de la fuerza armada en el derecho internacional"; y Sr. Martti Koskenniemi: "Fragmentación del derecho internacional".

462. Además se dictaron las conferencias siguientes: Sr. Georges Korontzis, Oficial Jurídico Superior, Oficina de Asuntos Jurídicos: "Algunos aspectos de la evolución reciente del derecho de los tratados"; Sr. Arnold Pronto, Oficial Jurídico, Oficina de Servicios Jurídicos: "La labor de la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Steven Wolfson, Oficial Jurídico Superior, ACNUR: "El derecho internacional de los refugiados"; Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica, CICR: "Los problemas actuales del derecho humanitario internacional"; y Sr. Gian Luca Burci, Oficial Jurídico Superior, OMS: "El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco".

463. Los participantes en el Seminario fueron asignados a uno de dos grupos de trabajo sobre "Actos unilaterales de los Estados" y "Fragmentación del derecho internacional". Los Relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional sobre esos temas, el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño y el Sr. Martti Koskenniemi, proporcionaron orientación a los grupos de trabajo. Los grupos presentaron sus conclusiones ante el Seminario. Se pidió a cada participante que presentara un informe resumido por escrito sobre una de las conferencias. Esos informes se recopilaron y se distribuyeron a todos los participantes.

464. Los participantes también tuvieron la oportunidad de utilizar las instalaciones de la Biblioteca de las Naciones Unidas.

Sr. Ronalds Ezergailis (Letonia); Sra. Suraya Harun (Malasia); Sra. Khin Oo Hlaing (Myanmar); Sr. Azad Jafarov (Azerbaiyán); Sra. Tamar Kaplan (Israel); Sr. Norman Antonio Lizano Ortiz (Costa Rica); Sra. Yvonne Mendoke (Camerún); Sr. Ngor Ndiaye (Senegal); Sra. Tabitha Wanyama Ouya (Kenya); Sra. Elena Paris (Rumania); Sr. Juha Rainne (Finlandia); Sr. Luther Rangreji (India); Sra. Daniela Schlegel (Alemania); Sra. Karolina Valladares Barahona (Nicaragua); Sra. Cristina Villarino Villa (España); Sr. Edgar Ynsfrán Ugarriza (Paraguay). Un comité de selección, bajo la presidencia del profesor Georges Abi-Saab, Profesor honorario del Instituto de Postgrado de Relaciones Internacionales de Ginebra, se reunió el 8 de abril de 2003 y seleccionó a 24 candidatos de entre las 99 solicitudes presentadas para participar en el Seminario.

465. La República y el Cantón de Ginebra brindaron su tradicional hospitalidad a los participantes, con una visita guiada a las Salas del Alabama y del Gran Consejo, seguida de una recepción.

466. El Sr. Enrique J. A. Candiotti, Presidente de la Comisión, el Sr. Sergei Ordzhonikidze, Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, el Sr. Ulrich von Blumenthal, Director del Seminario, y la Sra. Cristina Villarino Villa, en nombre de los participantes, hicieron uso de la palabra ante la Comisión y los participantes en la clausura del Seminario. Cada participante recibió un certificado de asistencia al 39º período de sesiones del Seminario.

467. La Comisión tomó nota con especial agradecimiento de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Chipre, Finlandia, Irlanda, la República de Corea y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. La situación financiera del Fondo permitió conceder un número suficiente de becas a candidatos de mérito de los países en desarrollo para lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes. Este año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 13 candidatos y becas parciales (sólo dietas o sólo viajes) a 4 candidatos.

468. De los 879 participantes, en representación de 154 nacionalidades, que han participado en el Seminario desde 1965, año de su creación, 522 han recibido becas.

469. La Comisión destaca la importancia que concede a los períodos de sesiones del Seminario, que permiten a abogados jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y las actividades de numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de asegurar la celebración del Seminario de 2004 con una participación lo más amplia posible. Aunque en 2003 pudo mantenerse el número y el nivel de las becas, la situación financiera sigue siendo precaria. Se necesita un mayor apoyo financiero para poder otorgar el mismo número de becas que en el pasado.

470. La Comisión observó con satisfacción que en 2003 el Seminario había contado con un servicio de interpretación completo, y expresó la esperanza de que el mismo servicio estuviera disponible en el próximo período de sesiones del Seminario, dentro de los límites de los recursos existentes.

03-53297 (S) 260903 290903

0353297