



Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**56° período de sesiones
(3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio
a 6 de agosto de 2004)**

**Asamblea General
Documentos Oficiales
59° período de sesiones
Suplemento N° 10 (A/59/10)**

Asamblea General
Documentos Oficiales
59º período de sesiones
Suplemento N° 10 (A/59/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**56º período de sesiones
(3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004)**



Naciones Unidas • Nueva York, 2004

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, 2004*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN.....	1 - 11	1
A. Composición.....	2	1
B. Mesa de la Comisión y Mesa Ampliada.....	3 - 5	2
C. Comité de Redacción.....	6 - 7	3
D. Grupos de Trabajo.....	8 - 9	4
E. Secretaría.....	10	5
F. Programa.....	11	5
II. RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 56° PERÍODO DE SESIONES.....	12 - 22	7
III. CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN.....	23 - 37	11
A. Protección diplomática.....	23 - 24	11
B. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.....	25	11
C. Recursos naturales compartidos.....	26 - 28	12
D. 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).....	29 - 30	13
E. Actos unilaterales de los Estados.....	31 - 32	13
F. Las reservas a los tratados.....	33 - 37	14
IV. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.....	38 - 60	16
A. Introducción.....	38 - 52	16

GE.04-62869 (S) 150904 210904

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. (continuación)		
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	53 - 58	19
C. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión en primera lectura.....	59 - 60	20
1. Texto del proyecto de artículos	59	20
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios.....	60	26
Primera parte		29
DISPOSICIONES GENERALES		29
Artículo 1. Definición y Alcance		29
Comentario		29
Artículo 2. Derecho a ejercer la protección diplomática		31
Comentario		31
Segunda parte		33
NACIONALIDAD		33
Capítulo I. PRINCIPIOS GENERALES		33
Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad.....		33
Comentario		34
Capítulo II. PERSONAS NATURALES		34
Artículo 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural		34
Comentario		34

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>		<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. C. (continuación)			
	Artículo 5. Continuidad de la nacionalidad		39
	Comentario		39
	Artículo 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado		43
	Comentario		43
	Artículo 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad		46
	Comentario		46
	Artículo 8. Apátridas y refugiados.....		51
	Comentario		51
Capítulo III. PERSONAS JURÍDICAS			56
	Artículo 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad		56
	Comentario		56
	Artículo 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad		60
	Comentario		60
	Artículo 11. Protección de los accionistas		63
	Comentario		63
	Artículo 12. Perjuicio directo a los accionistas.....		72
	Comentario		72
	Artículo 13. Otras personas jurídicas.....		74
	Comentario		74

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. C. (continuación)		
Tercera parte.....		77
RECURSOS INTERNOS		77
Artículo 14. Agotamiento de los recursos internos.....		77
Comentario		77
Artículo 15. Tipo de reclamaciones		81
Comentario		81
Artículo 16. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos		84
Comentario		85
Cuarta parte		95
DISPOSICIONES VARIAS		95
Artículo 17. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática		95
Comentario		95
Artículo 18. Disposiciones especiales de tratados		99
Comentario		99
Artículo 19. Tripulación de un buque		100
Comentario		100
V. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	61 - 72	105
A. Introducción	61 - 63	105
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	64 - 70	106

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. (continuación)		
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.....	71 - 72	109
1. Texto de los proyectos de artículo	71	109
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes.....	72	111
Artículo 4. Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional		115
Comentario		115
Artículo 5. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional.....		122
Comentario		122
Artículo 6. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones.....		128
Comentario		129
Artículo 7. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio.....		133
Comentario		134
VI. RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS.....	73 - 157	137
A. Introducción	73 - 76	137
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	77 - 157	137
1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe	82 - 103	138

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VI. B. (continuación)		
2. Resumen del debate.....	104 - 142	146
3. Conclusiones del Relator Especial	143 - 157	155
VII. 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)	158 - 176	159
A. Introducción	158 - 168	159
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	169 - 174	163
C. Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en primera lectura.....	175 - 176	169
1. Texto del proyecto de principios.....	175	169
2. Texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes.....	176	174
Comentario general		174
Preámbulo		178
Comentario		179
Principio 1. Ámbito de aplicación.....		180
Comentario		180
Principio 2. Términos empleados.....		188
Comentario		189
Principio 3. Objetivo		206
Comentario		207

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. C. 2. (continuación)		
Principio 4. Pronta y adecuada indemnización		217
Comentario		218
Principio 5. Medidas de respuesta.....		232
Comentario		232
Principio 6. Recursos internacionales y recursos internos		235
Comentario		236
Principio 7. Elaboración de regímenes internacionales específicos		240
Comentario		240
Principio 8. Aplicación.....		242
Comentario		242
VIII. ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS	177 - 247	244
A. Introducción	177 - 191	244
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	192 - 247	247
1. Presentación por el Relator Especial de su séptimo informe	193 - 209	247
2. Resumen del debate.....	210 - 237	251
3. Conclusiones del Relator Especial	238 - 244	259
4. Conclusiones del Grupo de Trabajo	245 - 247	260
IX. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS	248 - 295	262
A. Introducción	248 - 268	262
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	269 - 293	267

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IX. B. (continuación)		
1. Presentación por el Relator Especial de su noveno informe	275 - 279	268
2. Resumen del debate.....	280 - 291	270
3. Conclusiones del Relator Especial	292 - 293	272
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	294	273
2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes.....	295	297
2.3.5. Ampliación del alcance de una reserva		297
Comentario		297
2.4.9. Modificación de una declaración interpretativa		304
Comentario		304
2.4.10. Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional.....		306
Comentario		306
2.5.12. Retiro de una declaración interpretativa.....		308
Comentario		308
2.5.13. Retiro de una declaración interpretativa condicional		309
Comentario		309

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
X. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL	296 - 358	311
A. Introducción	296 - 297	311
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	298 - 299	312
C. Informe del Grupo de Estudio	300 - 358	313
1. Observaciones generales y resultado previsto de los trabajos del Grupo de Estudio	300 - 302	313
2. Examen del estudio de 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>).....	303 - 330	314
a) <i>Lex specialis</i>	304 - 313	315
b) Regímenes autónomos (especiales).....	314 - 330	319
3. Examen del esquema relativo al Estudio de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).....	331 - 337	325
4. Examen del esquema relativo al Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)	338 - 344	328
5. Examen del esquema relativo 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	345 - 351	331
6. La jerarquía normativa en derecho internacional: el <i>jus cogens</i> , las obligaciones <i>erga omnes</i> y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto .	352 - 358	334

ÍNDICE (continuación)

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XI. OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN	359 - 391	337
A. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión.....	359 - 369	337
1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	362 - 363	337
2. Inclusión de nuevos temas en el actual programa de trabajo de la Comisión	364	338
3. Marco estratégico	365	338
4. Documentación de la Comisión	366 - 368	338
5. Honorarios	369	339
B. Fecha y lugar del 57º período de sesiones de la Comisión	370	339
C. Cooperación con otros organismos.....	371 - 376	339
D. Representación en el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General.....	377 - 378	341
E. Seminario de Derecho Internacional.....	379 - 391	341
<i>Anexo.</i> La obligación de extraditar o juzgar (" <i>aut dedere aut judicare</i> ") en derecho internacional		345

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 56º período de sesiones del 3 de mayo al 4 de junio de 2004 y la segunda parte del 5 de julio al 6 de agosto de 2004. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Enrique Candioti, Presidente de la Comisión en su 55º 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 Candioti (Argentina)

Sr. Choung Il Chee (República de Corea)

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Sr. Riad Daoudi (República Árabe Siria)

Sr. Christopher John Robert Dugard (Sudáfrica)

Sr. Constantin P. Economides (Grecia)

Sra. Paula Escarameia (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 R. Mansfield (Nueva Zelandia)
Sr. Michael Matheson (Estados Unidos)
Sr. Theodor Viorel Melescanu (Rumania)
Sr. Djamchid Momtaz (República Islámica del Irán)
Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
Sr. Didier Operti Badan (Uruguay)
Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabón)
Sr. Alain Pellet (Francia)
Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India)
Sr. Víctor Rodríguez Cedeño (Venezuela)
Sr. Bernardo Sepúlveda (México)
Sra. Hanqin Xue (China)
Sr. Chusei Yamada (Japón)

B. Mesa de la Comisión y Mesa Ampliada

3. En su 2791ª sesión, celebrada el 3 de mayo de 2004, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente:	Sr. Teodor Viorel Melescanu
Primera Vicepresidenta:	Sra. Hangin Xue
Segundo Vicepresidente:	Sr. Constantin P. Economides
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Víctor Rodríguez Cedeño
Relator:	Sr. Pedro Comissário Afonso

4. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión¹ y los Relatores Especiales².

¹ Sr. J. C. Baena Soares, Sr. E. Candioti, Sr. Z. Galicki, Sr. P. C. R. Kabatsi, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao y Sr. C. Yamada.

² Sr. C. J. R. Dugard, Sr. G. Gaja, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao, Sr. V. Rodríguez Cedeño y Sr. C. Yamada.

5. Por recomendación de la Mesa ampliada, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los miembros siguientes: Sra. H. Xue (Presidenta), Sr. I. Brownlie, Sr. E. Candioti, Sr. C. I. Chee, Sr. C. J. R. Dugard, Sr. S. Fomba, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. P. C. R. Kabatsi, Sr. J. L. Kateka, Sr. F. Kemicha, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. M. Koskenniemi, Sr. W. R. Mansfield, Sr. M. J. Matheson, Sr. T. V. Melescanu, Sr. B. H. Niehaus, Sr. G. Pambou-Tchivounda, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao, Sr. V. Rodríguez Cedeño, Sr. B. Sepulveda, Sr. C. Yamada y Sr. P. Comissário Afonso (*ex officio*).

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 2792^a, 2803^a, 2808^a y 2815^a, celebradas respectivamente los días 4 y 25 de mayo, 2 de junio y 9 julio de 2004, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

- a) Protección diplomática: Sr. V. Rodríguez Cedeño (Presidente), Sr. C. J. R. Dugard (Relator Especial), Sr. E. A. Addo, Sr. I. Brownlie, Sr. E. Candioti, Sr. C. I. Chee, Sra. P. Escameia, Sr. G. Gaja, Sr. P. C. R. Kabatsi, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. W. R. Mansfield, Sr. M. J. Matheson, Sr. B. H. Niehaus, Sr. B. Sepúlveda, Sra. H. Xue y Sr. P. Comissário Afonso (*ex officio*).
- b) Responsabilidad de las organizaciones internacionales: Sr. V. Rodríguez Cedeño (Presidente), Sr. G. Gaja (Relator Especial), Sr. E. Candioti, Sr. C. I. Chee, Sr. C. P. Economides, Sra. P. Escameia, Sr. P. C. R. Kabatsi, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. M. Koskenniemi, Sr. W. R. Mansfield, Sr. D. Momtaz, Sr. B. H. Niehaus, Sr. C. Yamada y Sr. P. Comissário Afonso (*ex officio*).
- c) Reservas a los tratados: Sr. V. Rodríguez Cedeño (Presidente), Sr. A. Pellet (Relator Especial), Sr. H. M. Al-Baharna, Sr. E. Candioti, Sr. C. P. Economides, Sr. S. Fomba, Sr. G. Gaja, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. M. J. Matheson, Sr. G. Pambou-Tchivounda y Sr. P. Comissário Afonso (*ex officio*).
- d) Responsabilidad internacional: Sr. V. Rodríguez Cedeño (Presidente), Sr. P. S. Rao (Relator Especial), Sr. I. Brownlie, Sr. C. I. Chee, Sr. R. Daoudi,

Sr. C. P. Economides, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. J. L. Kateka,
Sr. R. A. Kolodkin, Sr. M. Koskenniemi, Sr. W. R. Mansfield, Sr. M. J. Matheson,
Sr. D. Momtaz, Sra. H. Xue, Sr. C. Yamada y Sr. P. Comissário Afonso (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 17 sesiones sobre los cuatro temas indicados.

D. Grupos de Trabajo

8. En sus 2796^a, 2797^a, 2809^a y 2818^a sesiones, celebradas respectivamente los días 11 y 12 de mayo, 3 de junio y 16 de julio de 2004, la Comisión también estableció los siguientes Grupos de Trabajo y Grupo de Estudio de composición abierta:

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

Presidente: Sr. M. Koskenniemi

b) Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos

Presidente: Sr. C. Yamada

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

9. Se reconstituyó el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, que estuvo 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. P. Comissário Afonso (*ex officio*).

E. Secretaría

10. El Sr. Ralph Zacklin, Subsecretario General de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico interino, 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 interino, 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

11. En su 2791^a sesión, celebrada el 3 de mayo de 2004, la Comisión aprobó el programa de su 56^o período de sesiones, que comprendía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.
3. Protección diplomática.
4. 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).
5. Actos unilaterales de los Estados.
6. Reservas a los tratados.
7. Recursos naturales compartidos.
8. Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.

9. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión.
10. Cooperación con otros organismos.
11. Fecha y lugar de celebración del 57º período de sesiones.
12. Otros asuntos.

CAPÍTULO II

RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 56° PERÍODO DE SESIONES

12. En lo que respecta al tema "Protección diplomática", la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/538), que versaba sobre la relación entre la protección diplomática y la protección funcional ejercida por las organizaciones internacionales, la protección diplomática y los derechos humanos y la protección diplomática y la protección de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón. La Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto del artículo 26 y una variante del proyecto de artículo 21. La Comisión también pidió al Comité de Redacción que examinara la posibilidad de elaborar una disposición sobre la relación entre la protección de la tripulación de un buque y la protección diplomática. La Comisión aprobó en primera lectura un total de 19 proyectos de artículo sobre la protección diplomática y decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir el proyecto de artículos a los gobiernos para que hicieran observaciones. La Comisión pidió asimismo al Relator Especial que examinara la posible relación entre la doctrina de las "manos limpias" y la protección diplomática. El Relator Especial preparó y presentó un memorando sobre esta cuestión, pero la Comisión decidió, por falta de tiempo, que lo examinaría en su próximo período de sesiones (cap. IV).

13. Con respecto al tema "Responsabilidad de las organizaciones internacionales", la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/541), que versaba sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional. En el informe se proponían cuatro proyectos de artículo que fueron examinados por la Comisión y remitidos al Comité de Redacción. La Comisión aprobó los cuatro proyectos de artículo (arts. 4 a 7), en la forma recomendada por el Comité de Redacción, y los comentarios correspondientes (cap. V).

14. En cuanto al tema "Recursos naturales compartidos", la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/539 y Add.1), en el que figuraban siete proyectos de artículo. La Comisión también estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre las aguas subterráneas transfronterizas, presidido por el Relator Especial, y celebró dos reuniones oficiosas de información con la participación de expertos en aguas subterráneas de la Comisión

Económica para Europa (CEPE), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Asociación Internacional de Hidrogeólogos (AIH) (cap. VI).

15. 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 segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/540), estableció un Grupo de Trabajo para que examinara las propuestas presentadas por el Relator Especial, remitió al Comité de Redacción los ocho proyectos de principio presentados por el Grupo de Trabajo y aprobó en primera lectura un proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, con los comentarios correspondientes (cap. VII).

16. En cuanto al tema "Actos unilaterales de los Estados", la Comisión examinó el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/542 y Corr.1 (en francés solamente), Corr.2 y Corr.3), en el que figuraba un análisis de la práctica de los Estados en materia de actos unilaterales. Se volvió a constituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales, que centró su labor en el examen detallado de ejemplos concretos de tales actos (cap. VIII).

17. En lo que se refiere al tema "Reservas a los tratados", la Comisión aprobó cinco proyectos de directriz, que versaban sobre la ampliación del alcance de una reserva y sobre la modificación y el retiro de las declaraciones interpretativas. La Comisión examinó también el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/544) y remitió al Comité de Redacción dos proyectos de directriz sobre la "Definición de las objeciones a las reservas" y la "Objeción a la formulación o la ampliación tardías de una reserva" (cap. IX).

18. 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 examinó el informe preliminar relativo al Estudio de la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y los regímenes autónomos (*self-contained regimes*) y los esquemas relativos al Estudio de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), el Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), el Estudio de 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) y el Estudio de la jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes*, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto (cap. X).

19. La Comisión constituyó el Grupo de Planificación para que examinara su programa, procedimientos y métodos de trabajo (cap. XI, sec. A). Por recomendación del Grupo de Planificación, la Comisión decidió incluir en su actual programa de trabajo dos temas nuevos: "La expulsión de los extranjeros" y "Efectos de los conflictos armados en los tratados". A este respecto, la Comisión decidió nombrar Relator Especial del tema "La expulsión de los extranjeros" al Sr. Maurice Kamto y Relator Especial del tema "Efectos de los conflictos armados en los tratados" al Sr. Ian Brownlie. La Comisión también aceptó la recomendación del Grupo de Planificación de incluir el tema "Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)" en su programa de trabajo a largo plazo. La Comisión prevé incluir este tema en su presente programa de trabajo en el próximo período de sesiones.

20. 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 el 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).

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

22. La Comisión decidió que su próximo período de sesiones se celebrase en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en dos partes, del 2 de mayo al 3 de junio y del 4 de julio al 5 de agosto (cap. XI, sec. B).

CAPÍTULO III

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

A. Protección diplomática

23. La Comisión agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones acerca de todos los aspectos del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados en primera lectura.

24. La Comisión también agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre los comentarios a los artículos del proyecto.

B. Responsabilidad de las organizaciones internacionales

25. En 2003 la Comisión aprobó tres proyectos de artículo referentes a los principios generales relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales y en 2004 cuatro proyectos de artículo sobre la atribución de un comportamiento. Para ello, la Comisión siguió el esquema general de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Siguiendo en líneas generales el mismo esquema, el Relator Especial tiene intención de abordar en su tercer informe, previsto para 2005, los temas siguientes: violación de una obligación internacional; circunstancias que excluyen la ilicitud; responsabilidad de la organización internacional en relación con el hecho ilícito de un Estado o de otra organización. A tal efecto sería especialmente útil conocer las opiniones expresadas sobre las cuestiones siguientes:

- a) Las relaciones entre una organización internacional y sus Estados miembros y entre una organización internacional y sus agentes se rigen sobre todo por las reglas de la organización, que, según se definen en el párrafo 4 del artículo 4, comprenden "en particular: los instrumentos constitutivos; las decisiones, resoluciones y otros actos adoptados por la organización de conformidad con esos instrumentos; y la práctica establecida de la organización". La naturaleza jurídica de las reglas de la organización en relación con el derecho internacional es objeto de controversia.

En cualquier caso puede discutirse en qué medida la Comisión, al estudiar la responsabilidad de las organizaciones internacionales en virtud del derecho internacional, debería ocuparse de la violación de las obligaciones que una organización internacional puede tener con sus Estados miembros o sus agentes. ¿Qué alcance debería dar la Comisión a su estudio de esta cuestión?

- b) Entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, el artículo 25 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se refiere al "estado de necesidad" que puede invocar un Estado en ciertas condiciones; la primera es que el "hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado [...] sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente". ¿Podría una organización internacional invocar el estado de necesidad en circunstancias similares?
- c) En el caso de que un determinado comportamiento, observado por un Estado miembro atendiendo a la solicitud de una organización internacional, parezca violar una obligación internacional tanto de ese Estado como de esa organización, ¿se consideraría también a la organización responsable en virtud del derecho internacional? ¿La respuesta sería la misma si el comportamiento ilícito del Estado no fuera solicitado, sino tan sólo autorizado por la organización?

C. Recursos naturales compartidos

26. En lo que respecta a este tema, la Comisión se centra ahora de momento en la cuestión de las aguas subterráneas transfronterizas.

27. El próximo año el Relator Especial tiene previsto presentar su tercer informe, que comprenderá toda una serie de proyectos de artículo sobre el derecho de los sistemas acuíferos transfronterizos basados en el marco general propuesto en su segundo informe, que figura en la nota a pie de página del párrafo 86 del capítulo VI del presente informe. La Comisión agradecería recibir las opiniones de los gobiernos sobre ese marco general.

28. La Comisión agradecería también recibir la información detallada y precisa que los gobiernos pudieran facilitarle sobre los aspectos de su práctica que puedan ser pertinentes en relación con los principios que figurarán en el proyecto de artículos, en particular:

- a) La práctica, bilateral o regional, relativa a la asignación de las aguas subterráneas de los sistemas acuíferos transfronterizos, y
- b) La práctica, bilateral o regional, relativa a la gestión de los sistemas acuíferos transfronterizos no renovables.

D. 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)

29. La Comisión agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones acerca de todos los aspectos del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado en primera lectura. En particular, la Comisión acogería con interés comentarios y observaciones sobre la forma definitiva del proyecto.

30. La Comisión también agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre los comentarios a los proyectos de principio. La Comisión observa que los comentarios consisten en una explicación del alcance y el contexto de cada proyecto de principio y en un análisis de las tendencias pertinentes y de las posibles opciones para ayudar a los Estados a adoptar en el plano nacional las medidas de aplicación apropiadas y a elaborar regímenes internacionales específicos.

E. Actos unilaterales de los Estados

31. La Comisión consideró, en general, que el estudio de la práctica iniciado este año debía abarcar también la evolución o la vida del acto unilateral del Estado. En particular, estimó que debían estudiarse más detenidamente diversos aspectos conexos, entre los cuales: la fecha, el autor/órgano y su competencia, la forma, el contenido, el contexto y las circunstancias, los objetivos perseguidos, los destinatarios, la reacción del destinatario o los destinatarios y de los

terceros, el fundamento, la ejecución, la modificación, la terminación/revocación, el alcance jurídico y las decisiones judiciales o arbitrales que hubieren podido adoptarse en materia de actos unilaterales. Ello podría permitir establecer la existencia de normas o principios generales posiblemente aplicables al funcionamiento de estos actos.

32. La Comisión agradecería recibir de los Estados comentarios sobre su práctica en la materia, a la luz de los elementos enunciados anteriormente, los cuales serán debidamente examinados por el Relator Especial en su próximo informe sobre el tema, junto a los casos prácticos que algunos miembros de la Comisión le facilitarán, según lo acordado en el Grupo de Trabajo establecido este año.

F. Las reservas a los tratados

33. El Relator Especial se propone abordar en su informe del año próximo la cuestión de la "validez" de las reservas.

34. En las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados se indican los casos en que un Estado o una organización internacional no "podrá" formular una reserva (art. 19), pero no se utiliza un adjetivo para calificar a las reservas que a pesar de todo pudieran hacerse en uno de esos casos. La terminología utilizada por los Estados en la práctica dista mucho de ser uniforme al respecto.

35. La terminología que debe utilizarse a este respecto ha sido objeto de controversias y de debates reiterados tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión. Se ha señalado en particular que la palabra "licitud" (*lawfulness, licéité*) tiene el inconveniente de remitir al derecho de la responsabilidad internacional, aunque la Comisión no ha examinado todavía la cuestión de si una reserva prohibida o formulada de manera irregular entraña la responsabilidad de su autor. Por otra parte, además de que convendría decidir entre las palabras inglesas *admissibility* y *permissibility* ("admisibilidad"), su equivalente francés ("*recevabilité*") no es satisfactorio. En cuanto al término "validez" (*validity, validité*), que le parecía neutro y bastante amplio al Relator Especial y ofrecía la ventaja de tener un equivalente en todos los

idiomas de trabajo de la Comisión, fue criticado so pretexto de que creaba confusión entre la nulidad de una reserva y su oponibilidad³.

36. En 2002 la Comisión "decidió dejar el problema pendiente hasta haber adoptado una posición definitiva sobre el efecto" de las reservas a las que se aplican las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena⁴.

37. Antes de adoptar una posición definitiva, la Comisión agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones acerca de esta cuestión.

³ Véase el primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, A/CN.4/470, párrs. 97 y ss.

⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10, comentario al proyecto de directriz 2.1.8 [2.1.7 bis], párr. 7)*.

CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A. Introducción

38. 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 progresivo⁵. 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 tema⁶. En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión⁷. 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 preliminar⁸.
39. En su 2501ª sesión, el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema.
40. 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".

⁵ *Ibíd.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, párr. 249 y anexo II, adición 1.

⁶ *Ibíd.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10)*, cap. VIII.

⁷ *Ibíd.*, párr. 171.

⁸ *Ibíd.*, párrs. 189 y 190.

41. En su 50º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial⁹. 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 tema¹⁰.

42. En su 51º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John R. Dugard, Relator Especial para el tema¹¹, tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

43. 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 6¹². 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.

44. 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.

⁹ A/CN.4/484.

¹⁰ 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.

¹¹ *Ibíd.*, quincuagésimo cuarto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 19.

¹² El informe de las consultas oficiosas figura en *ibíd.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párr. 495.

45. En su 2688ª sesión, la Comisión inició unas consultas officiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.
46. 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).
47. 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.
48. En su 2740ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2002, la Comisión estableció una consulta officiosa 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.
49. En su 55º período de sesiones, celebrado en 2003, 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.

50. 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 17¹³. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 2764ª sesión, el 28 de mayo de 2003.

51. En su 2764ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el artículo 17, propuesto por el Grupo de Trabajo¹⁴, y los artículos 18, 19 y 20. Posteriormente en su 2777ª sesión, la Comisión decidió también remitir al Comité de Redacción los artículos 21 y 22.

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

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

53. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/538). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2791ª a 2796ª, celebradas del 3 al 11 de mayo de 2004.

54. Durante el examen del quinto informe, la Comisión pidió al Relator Especial que estudiara si la doctrina de las manos limpias guardaba relación con el tema de la protección diplomática y, en caso afirmativo, si había que dedicarle un artículo. El Relator Especial preparó un memorando sobre esta cuestión (ILC(LVI)/DP/CRP.1), pero la Comisión no tuvo tiempo de examinarlo y decidió retomar este tema en su próximo período de sesiones.

55. En su 2794ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 2004, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 26, junto con la variante del proyecto de artículo 21 propuesta por el Relator Especial. Además, la Comisión, en su 2796ª sesión, celebrada el 11 de

¹³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, párrs. 90 a 92.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 92.

mayo de 2004, decidió que el Comité de Redacción examinara la posibilidad de elaborar una disposición sobre la conexión entre la protección de las tripulaciones de los buques y la protección diplomática.

56. En su 2806ª sesión, celebrada el 28 de mayo de 2004, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura un total de 19 proyectos de artículo sobre la protección diplomática (véase la sección C *infra*).

57. En la misma sesión, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1º de enero de 2006.

58. En su 2827ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2004, la Comisión expresó a los dos Relatores Especiales, el Sr. Mohamed Bennouna y el Sr. John Dugard, su profundo reconocimiento por la notable contribución que habían aportado al estudio del tema mediante su erudita labor de investigación y su vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión concluir con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

C. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

59. A continuación se transcribe el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Definición y alcance

La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a 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 como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

Artículo 2

Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos.

Segunda parte

NACIONALIDAD

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el proyecto de artículo 8.

Capítulo II

PERSONAS NATURALES

Artículo 4

Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona objeto de protección en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados, la naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Artículo 5

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 formulación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El Estado de la nacionalidad actual no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente al Estado de la nacionalidad anterior de esa persona en razón de un perjuicio sufrido cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual.

Artículo 6

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 nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Artículo 7

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

El Estado de la 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 8

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 la nacionalidad del refugiado.

Capítulo III

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 9

Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo.

Artículo 10

Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y tenga esa nacionalidad en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado.

Artículo 11

Protección de los accionistas

El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en favor de esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

a) La sociedad haya dejado de existir de conformidad con la legislación del Estado de constitución por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o

b) La sociedad tenga, en el momento del perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

Artículo 12

Perjuicio directo a los accionistas

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, distintos de los derechos de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales.

Artículo 13

Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en los proyectos de artículo 9 y 10 con respecto a las sociedades serán aplicables, en cuanto sea apropiado, a la protección diplomática de otras personas jurídicas.

Tercera parte

RECURSOS INTERNOS

Artículo 14

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 proyecto de artículo 8 antes que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16.

2. Por "recursos internos" se entiende los recursos legales que puede interponer una persona lesionada ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca.

Artículo 15

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 proyecto de artículo 8.

Artículo 16

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 cuya responsabilidad se invoca;
- c) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, o de otro modo, dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos;
- d) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.

Cuarta parte

DISPOSICIONES VARIAS

Artículo 17

Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 18

Disposiciones especiales de tratados

Los presentes artículos no se aplican en los casos y en la medida en que sean incompatibles con disposiciones especiales de tratados, incluidas las relativas a la solución de controversias entre sociedades o los accionistas de una sociedad y Estados.

Artículo 19

Tripulación de un buque

El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática en favor de ellos no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

60. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados en primera lectura por la Comisión en su 56º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1) La redacción de los artículos sobre la protección diplomática se consideró inicialmente como parte del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. En efecto, el primer Relator sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. F. V. García Amador, incluyó una serie de proyectos de artículo sobre el particular en los informes que presentó entre 1956 y 1961. En la codificación

posterior de la responsabilidad de los Estados se prestó poca atención a la protección diplomática y en el texto definitivo del proyecto de artículos sobre el tema se afirma expresamente que los dos elementos centrales de la protección diplomática -la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos- serían examinados en detalle por la Comisión en otro marco¹⁵. No obstante, hay una estrecha conexión entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado y el presente proyecto de artículos. Muchos de los principios que figuran en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado guardan relación con la protección diplomática y, por consiguiente, no se repetirán en esta ocasión. Esto se aplica en particular a las disposiciones que tratan de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. El Estado responsable del daño causado a un nacional extranjero está obligado a poner fin al comportamiento ilícito y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Esta reparación puede adoptar la forma de restitución, de indemnización o de satisfacción, de un modo separado o conjuntamente. Todas estas cuestiones se tratan en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado¹⁶. Algunos miembros de la Comisión opinaron que el presente proyecto de artículos tendría que haber regulado las consecuencias jurídicas de la protección diplomática y que no se debería haber centrado la atención en la admisibilidad de las reclamaciones.

2) La protección diplomática pertenece al tema del "Trato de los extranjeros". Sin embargo no se intenta abordar las normas primarias a este respecto, es decir, las que rigen el trato de la persona y los bienes de los extranjeros, cuya violación da lugar a la responsabilidad del Estado de la nacionalidad de la persona lesionada. En lugar de ello, el presente proyecto de artículos se limita solamente a las normas secundarias, a saber, las que se refieren a las condiciones que deben satisfacerse para presentar una petición de protección diplomática. En general, se trata de las normas que rigen la admisibilidad de las reclamaciones. El artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado establece lo siguiente:

¹⁵ *Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, comentario al artículo 44, notas de pie de página 722 y 726.

¹⁶ Arts. 28, 30, 31 y 34 a 37. Gran parte del comentario sobre la indemnización (art. 36) está dedicado a un examen de los principios que se aplican a las reclamaciones relativas a la protección diplomática.

"La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas."

El presente proyecto de artículos da contenido a esa disposición al tratar con detalle las normas relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y al agotamiento de los recursos internos.

3) El presente proyecto de artículos no se ocupa de la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes, generalmente denominada "protección funcional". Si bien hay semejanzas entre la protección funcional y la protección diplomática, existen también importantes diferencias. La protección diplomática es un mecanismo concebido para obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, sobre la base del principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado. La protección funcional, por su parte, es una institución destinada a favorecer el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus agentes y su independencia. Esas diferencias, han hecho que la Comisión llegara a la conclusión de que la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes no debe formar parte de un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. La cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que es agente de una organización internacional fue resuelta por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*: "En ese caso, no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra, o que obligue al Estado o a la organización a abstenerse de entablar una reclamación internacional. La Corte no ve por qué razón las partes interesadas no podrían hallar soluciones inspiradas por la buena voluntad y el sentido común..."¹⁷.

¹⁷ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, especialmente págs. 185 y 186.

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Definición y alcance

La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a 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 como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

Comentario

- 1) El artículo 1 define la protección diplomática mediante la descripción de sus elementos principales, e indica el alcance de ese mecanismo para la protección de los nacionales que sufran un perjuicio en el extranjero.
- 2) En derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El presente proyecto de artículos se ocupa sólo de las normas que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. No trata de definir ni describir los hechos internacionalmente ilícitos que dan origen a la responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero. El proyecto de artículos, lo mismo que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁸, mantiene la distinción entre normas primarias y secundarias y trata sólo de estas últimas.
- 3) El artículo 1 deja en claro que el derecho de protección diplomática corresponde al Estado. Al ejercer la protección diplomática, el Estado asume como propia la causa de su nacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. La redacción sigue la utilizada

¹⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 77, comentario general, párrs. 1) a 3).

por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel*, al decir que el Estado demandante se había "hecho cargo de la causa de uno de sus nacionales"¹⁹, cuyos derechos habían sido lesionados. El interés jurídico del Estado por ejercer la protección diplomática se deriva del daño causado a un nacional a consecuencia del hecho ilícito de otro Estado.

4) En la mayoría de los casos, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y la persona lesionada es el que da origen al ejercicio de la protección diplomática, cuestión que se trata en los artículos 4 y 9. El término "nacional" de este artículo comprende tanto las personas físicas como las jurídicas. Más adelante en el proyecto de artículos se hace una distinción entre las normas por que se rigen las personas físicas y las jurídicas y, en caso necesario, los dos conceptos se tratan por separado.

5) La protección diplomática debe ejercerse por medios legítimos y pacíficos. Varias resoluciones judiciales distinguen entre la "acción diplomática" y los "procedimientos judiciales" al describir las medidas que puede adoptar un Estado cuando recurre a la protección diplomática²⁰. El artículo 1 mantiene esa distinción, pero va más allá al subsumir el procedimiento judicial en "otros medios de solución pacífica". La "acción diplomática" comprende todos los procedimientos legítimos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias. "Otros medios de solución pacífica" abarcan todos los modos lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial. El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el derecho de protección diplomática.

¹⁹ *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6, especialmente pág. 27. Véase también *Mavrommatis Palestine Concession, P.C.I.J. Reports, Series A*, N° 2.

²⁰ Asunto *Mavrommatis Palestine Concession*, *Ibid.*, asunto *Panevezyś-Saldutiskis Railway, P.C.I.J. Reports, Series A/B*, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 16; asunto *Nottebohm, I.C.J. Reports 1955*, pág. 24.

6) El artículo 1 deja en claro la cuestión, ya planteada en el comentario general²¹, de que los presentes artículos se ocupan sólo del ejercicio de la protección diplomática por un Estado y no de la protección dada por una organización internacional a sus agentes, reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*²².

7) La protección diplomática comprende principalmente la protección de los nacionales que no se ocupan de asuntos internacionales oficiales en nombre del Estado. Esos funcionarios están protegidos por otras normas e instrumentos de derecho internacional, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961²³, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963²⁴.

Artículo 2

Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El artículo 2 subraya que el derecho de protección diplomática pertenece o corresponde al Estado. Reconoce así el concepto de Vattel de que un perjuicio causado a un nacional es un perjuicio causado indirectamente al Estado²⁵. Esta opinión fue formulada más cuidadosamente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, al decir:

²¹ Véase el comentario general, *supra*, párr. 3.

²² *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174.

²³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 162.

²⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, pág. 392.

²⁵ En *El derecho de gentes* (1758) Emmerich de Vattel señaló: "Quien maltrate a un ciudadano lesiona indirectamente al Estado, el cual debe protegerlo" (cap. VI, pág. 136).

"Al 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 en la persona de sus súbditos el derecho internacional."²⁶

Esta opinión se critica con frecuencia como ficción difícil de reconciliar con las realidades de la protección diplomática, que requieren la continuidad de la nacionalidad para poder presentar una reclamación diplomática²⁷, el agotamiento de los recursos internos por el nacional lesionado y la evaluación de los daños sufridos de conformidad con la pérdida sufrida por el individuo.

No obstante, el "principio Mavrommatis" o la "ficción de Vattel", como se ha llamado al concepto de que el perjuicio causado al nacional es un perjuicio causado al Estado, sigue siendo la piedra angular de la protección diplomática²⁸.

2) El Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo. El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional²⁹, pero el derecho internacional no impone esa obligación. La tesis fue claramente expuesta por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*:

"... dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer. Si las personas naturales o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello, con objeto de promover

²⁶ *P.C.I.J. Reports, Series A*, N° 2, 1924, pág. 12.

²⁷ Véanse los artículos 5 y 10.

²⁸ Véase un examen de este concepto y de las críticas al respecto en el primer informe del Relator Especial sobre protección diplomática, A/CN.4/506, párrs. 61 a 74.

²⁹ Véase un examen de la legislación nacional al respecto, en *ibíd.*, párrs. 80 a 87.

su causa y obtener desagravio... El Estado debe ser considerado como único juez para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular."³⁰

La propuesta de que se impusiera al Estado de la nacionalidad un deber limitado de protección fue rechazada por la Comisión, por considerar que iba más allá de los límites permisibles del desarrollo progresivo del derecho³¹.

3) El derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática sólo puede ser ejercitado dentro de los parámetros establecidos en los presentes artículos.

Segunda parte

NACIONALIDAD

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el proyecto de artículo 8.

³⁰ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 44.

³¹ Véase el artículo 4 del primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática, A/CN.4/506. Véase también el debate en la Comisión en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párrs. 447 a 456.

Comentario

- 1) Mientras que el artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el artículo 3 afirma el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. El acento en este artículo se carga en el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo, que da derecho al Estado para ejercer la protección diplomática. Este vínculo difiere según se trate de personas naturales o personas jurídicas. Por consiguiente, se dedican capítulos distintos a estos diferentes tipos de personas.
- 2) El párrafo 2 reconoce que en algunas circunstancias la protección diplomática puede ser ejercida con respecto a los no nacionales. El artículo 8 prevé esa protección en el caso de los apátridas y los refugiados.

Capítulo II

PERSONAS NATURALES

Artículo 4

Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona objeto de protección en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados, la naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Comentario

- 1) El artículo 4 define el Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales. Esta definición se basa en dos principios: en primer lugar, que corresponde al Estado de la nacionalidad determinar, de conformidad con su derecho nacional, quién reúne los requisitos para obtener su nacionalidad; en segundo lugar, que hay límites impuestos por el derecho internacional para la concesión de la nacionalidad. El artículo 4 ofrece también una lista no exhaustiva de elementos de conexión que normalmente constituyen bases sólidas para conceder la nacionalidad.

2) El principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son sus nacionales ha sido respaldado tanto por las decisiones judiciales como por los tratados. En 1923, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró en el asunto relativo a los *Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*:

"en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden..., en principio, a ese dominio reservado."³²

Ese principio fue confirmado por el artículo 1 del Convenio de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad:

"Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos."³³

En fecha más reciente, el principio ha sido respaldado por el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 1997³⁴.

3) Los elementos de conexión para conferir la nacionalidad que se enumeran en el artículo 4 son ilustrativos pero no exhaustivos. No obstante, incluyen los elementos de conexión que los Estados aplican más comúnmente para conceder la nacionalidad: nacimiento (*jus soli*), filiación (*jus sanguinis*) y naturalización. No se incluye el matrimonio con un nacional ya que, en la mayoría de los casos, el matrimonio es insuficiente *per se* para la concesión de la nacionalidad: requiere además un breve período de residencia, después del cual se confiere la nacionalidad por naturalización. Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro cónyuge pueden surgir problemas con

³² *P.C.I.J. Reports, Series B, N° 4, 1923*, pág. 24.

³³ 179 *L.N.T.S.*, pág. 89.

³⁴ *E.T.S.*, N° 166, art. 3.

respecto a la compatibilidad de esa adquisición con el derecho internacional³⁵. La nacionalidad también puede adquirirse como consecuencia de la sucesión de Estados³⁶.

4) Los elementos de conexión enumerados en el artículo 4 son los utilizados con más frecuencia por los Estados desarrollados para determinar la nacionalidad. En algunos países, en donde no existen registros de nacimiento claros, quizá sea difícil probar la nacionalidad. En esos casos, la residencia puede proporcionar una prueba de nacionalidad aunque no constituya la base para la nacionalidad misma. Sin embargo, un Estado podrá conferir la nacionalidad a esas personas por medio de la naturalización.

5) El artículo 4 no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*³⁷, como factor adicional para ejercer la protección diplomática, incluso cuando el nacional sólo posea una nacionalidad. A pesar de la división de opiniones en cuanto a la interpretación de ese asunto, la Comisión estimó que había determinados factores que limitaban la posición adoptada en el asunto *Nottebohm* a los supuestos de hecho de ese asunto, especialmente el de que los vínculos entre el

³⁵ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 13, que prohíbe la adquisición de la nacionalidad en esos casos. Véase *infra*, párr. 6).

³⁶ Véanse los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 47.

³⁷ En el asunto *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia declaró: "Según la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y la opinión de los tratadistas, la nacionalidad es el lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado otorgante de la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado. Al ser otorgada por un Estado, sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado, si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo" (*I.C.J. Reports 1955*, pág. 23).

Sr. Nottebohm y Liechtenstein (el Estado demandante) eran "extremadamente tenues"³⁸, en comparación con los estrechos vínculos entre el Sr. Nottebohm y Guatemala (el Estado demandado) durante un período de más de 34 años, lo que llevó a la Corte Internacional de Justicia a afirmar reiteradamente que Liechtenstein "no estaba legitimado para dispensar a Nottebohm protección contra Guatemala"³⁹. Esto indica que la Corte no tenía intención de enunciar una norma general⁴⁰ aplicable a todos los Estados sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el Sr. Nottebohm para poder hacer suya su causa frente a Guatemala, con la que el Sr. Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos. Además, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que si el requisito del vínculo auténtico propuesto en el asunto *Nottebohm* se aplicara estrictamente, excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, había millones de personas que dejaban sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirían, o bien que habían adquirido la nacionalidad, por nacimiento o filiación, de Estados con los que tenían una conexión tenue⁴¹.

6) Al final del artículo 4 se subraya que la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. Aunque un Estado tiene derecho a decidir quiénes son sus nacionales, ese derecho no es absoluto. El artículo 1 del Convenio de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de 1930, lo confirmó así, matizando la disposición de que "[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quiénes serán nacionales suyos" con la salvedad de que "[o]tros Estados reconocerán ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios

³⁸ *Ibid.*, pág. 25.

³⁹ *Ibid.*, pág. 26.

⁴⁰ Esta interpretación fue la que dio al asunto *Nottebohm* la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, en el asunto *Flegenheimer*, 25 *I.L.R.* (1958), pág. 148.

⁴¹ Véase una argumentación más amplia a favor de limitar el ámbito del asunto *Nottebohm* en el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática, documento A/CN.4/506, párrs. 106 a 120.

internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad"⁴². Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad⁴³. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

"Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge."⁴⁴

7) Por consiguiente, el artículo 4 reconoce que un Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero lesionado puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional. El artículo 4 requiere que la nacionalidad se adquiriera de un modo que "no esté en contradicción con el derecho internacional". Esa afirmación subraya que la carga de probar que la nacionalidad se ha adquirido en violación del derecho internacional recaerá sobre el Estado que impugne la nacionalidad de la persona lesionada. El hecho de que la carga de la prueba recaiga

⁴² Véase también el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad.

⁴³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984), en la que dijo que era necesario conjugar armoniosamente, por un lado, la consideración de que la determinación y regulaciones de la nacionalidad eran competencia de cada Estado y, por el otro, "que las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos" (79 *I.L.R.*, pág. 296).

⁴⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 13. Véanse también el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, pág. 123, y el artículo 5 d) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 195.

sobre el Estado que impugne la nacionalidad es consecuencia del reconocimiento de que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad un "margen de apreciación" al decidir la concesión de la nacionalidad⁴⁵ y de que existe una presunción a favor de la validez de la concesión de la nacionalidad por el Estado⁴⁶.

Artículo 5

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 formulación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El Estado de la nacionalidad actual no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente al Estado de la nacionalidad anterior de dicha persona en razón de un perjuicio sufrido cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual.

Comentario

1) Aunque la norma sobre la continuidad de la nacionalidad está bien establecida⁴⁷, ha sido objeto de abundantes críticas⁴⁸ por el hecho de que puede plantear grandes dificultades en los

⁴⁵ Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 79 I.L.R., págs. 302 y 303.

⁴⁶ R. Y. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, novena edición (1992), pág. 856.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la decisión de los Estados Unidos, *International Claims Commission 1951-54 Kren*, 20 I.L.R., pág. 233 especialmente pág. 234.

⁴⁸ Véase la observación del magistrado Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto de la *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1970*, págs. 101 y 102; véase asimismo E. Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990).

casos en que un individuo cambie de nacionalidad por razones sin relación con la presentación de una reclamación diplomática. No se han atendido las sugerencias de que se abandonara esa norma, por temor a que se produjeran abusos y a que ello condujera al "*nationality shopping*" (búsqueda de la nacionalidad conveniente) a efectos de la protección diplomática⁴⁹.

La Comisión estima que la norma de la continuidad de la nacionalidad debe mantenerse, pero permitiendo excepciones para atender a los casos en que, de otro modo, se produciría una injusticia.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no son claras con respecto a si el nacional debe mantener la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte porque en la práctica rara vez se plantea la cuestión⁵⁰. En vista de ello, la Comisión decidió no pronunciarse sobre la cuestión de si la nacionalidad tiene que mantenerse entre el momento del perjuicio y la presentación de la reclamación⁵¹.

⁴⁹ Véase el pronunciamiento del árbitro Parker en *Opinion dealing with Germany's obligations and jurisdiction of the Commission as determined by the Nationality of claims and Administrative Decision N° V*, de 31 de octubre de 1925, *A.J.I.L.* (1925), vol. 19, pág. 612 especialmente pág. 614: "cualquier otra regla abriría la puerta de par en par a los abusos y podría tener el resultado de convertir a una nación fuerte en una agencia de reclamaciones en nombre de las personas que, tras sufrir perjuicios, asignaran sus reclamaciones a nacionales de esa nación o aprovecharan sus leyes de naturalización para obtener el patrocinio de sus reclamaciones".

⁵⁰ H. Briggs, "La Protection Diplomatique des Individus en Droit International: La Nationalité des Réclamations", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1965 I), págs. 72 y 73.

⁵¹ La misma posición adoptó el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia, en 1965: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 51, (1965 II), págs. 260 a 262.

3) El primer requisito es que el nacional lesionado sea nacional del Estado demandante en el momento de producirse el perjuicio. Normalmente, la fecha del perjuicio que da origen a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito coincidirá con la fecha en que se produjo el hecho lesivo.

4) El segundo requisito temporal que figura en el párrafo 1 es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Hay cierto desacuerdo en la jurisprudencia sobre la fecha hasta la cual se requiere la continuidad de la nacionalidad de la reclamación. Esta incertidumbre procede en gran parte del hecho de que las convenciones que establecieron comisiones mixtas de reclamaciones han utilizado diferente terminología para designar la fecha de la reclamación⁵². La expresión "presentación de la reclamación" es la que se usa con más frecuencia en los tratados, decisiones judiciales y doctrina para indicar el último día del plazo o *dies ad quem* requerido para el ejercicio de la protección diplomática. La Comisión ha añadido la palabra "oficial" para indicar que la fecha de la presentación de la reclamación es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerza la protección diplomática, y no las de las solicitudes de información o contactos oficiosos sobre el tema.

5) El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática comienza en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la persona deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo. Según esta opinión, la norma sobre la continuidad de la nacionalidad exige que el vínculo de la nacionalidad exista "desde el momento en que se produjo el perjuicio hasta aquel en que se dicta la decisión final"⁵³. Como en la práctica son pocos los casos de este género, la Comisión se ha inclinado por mantener la posición reflejada en el proyecto de artículo 5.

⁵² Véase el pronunciamiento del árbitro Parker en *Administrative Decisions N° V*, 19 *A.J.I.L.*, (1925), págs. 616 y 617.

⁵³ *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings and A. Watts (eds.), novena edición (1992), pág. 512.

6) La palabra "reclamación" del párrafo 1 comprende tanto la presentada por la vía diplomática como la interpuesta ante un órgano jurisdiccional. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación. La cuestión se trata más detenidamente en el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, y en su comentario⁵⁴.

7) Aunque la Comisión decidió que era necesario mantener la norma de continuidad de la nacionalidad, convino también en que era preciso hacer excepciones a esa norma. En consecuencia, el párrafo 2 dispone que 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 aunque no lo era en el momento del perjuicio, siempre que se den tres condiciones: en primer lugar, que la persona que solicite la protección diplomática haya perdido su nacionalidad anterior; en segundo lugar, que esa persona haya adquirido la nacionalidad de otro Estado por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación; y por último, que la adquisición de la nueva nacionalidad se haya producido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

8) La pérdida de la nacionalidad puede producirse voluntaria o involuntariamente. En el caso de la sucesión de Estados y, posiblemente, de la adopción y el matrimonio cuando el cambio de nacionalidad sea obligatorio, la nacionalidad se perderá involuntariamente. En el de otros cambios de nacionalidad, el elemento de la voluntad no resulta tan claro. Por razones de esta índole, el párrafo 2 no requiere que la pérdida de la nacionalidad haya sido involuntaria.

9) Como se ha indicado anteriormente⁵⁵, el temor de que una persona pueda cambiar deliberadamente de nacionalidad a fin de adquirir la de un Estado más dispuesto y capaz para interponer una reclamación diplomática en su nombre es la base de la norma sobre la continuidad de la nacionalidad. La segunda condición que figura en el párrafo 2 tiene en cuenta ese temor al

⁵⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 327.

⁵⁵ Véase el párrafo 1) del comentario a este proyecto de artículo.

determinar que la persona respecto de la cual se ejerza la protección diplomática debe haber adquirido su nueva nacionalidad por alguna razón no relacionada con la presentación de la reclamación. Esta condición tiene por objeto limitar las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, como los de que la persona haya adquirido la nueva nacionalidad como consecuencia necesaria de factores como el matrimonio, la adopción o la sucesión de Estados.

10) La tercera condición que debe cumplirse para que la norma de la continuidad de la nacionalidad no se aplique es que la nueva nacionalidad se haya adquirido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. Esta condición debe leerse conjuntamente con el artículo 4.

11) El párrafo 3 añade otra salvaguardia contra el abuso de la suspensión de la norma de la continuidad de la nacionalidad. La protección diplomática no podrá ejercerse por el Estado de la nacionalidad actual frente al Estado de la nacionalidad anterior de la persona lesionada en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual. La persona lesionada no era un extranjero cuando se produjo el perjuicio.

Artículo 6

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 nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Comentario

1) La doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de una nacionalidad como consecuencia de la aplicación paralela de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* o de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización que

no implique la renuncia a la nacionalidad anterior. El derecho internacional no prohíbe la doble o múltiple nacionalidad: de hecho tal tipo de nacionalidad fue aprobada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930 concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, que dispone que:

"... una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea."

Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad respecto de la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. El artículo 6 se limita al ejercicio de la protección diplomática por uno de los Estados del que la persona lesionada es nacional frente a un Estado del que esa persona no es nacional. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad está comprendido en el artículo 7.

2) El párrafo 1 permite a un Estado de la nacionalidad ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, incluso cuando esa persona sea nacional de uno o varios otros Estados. Al igual que en el artículo 4, no se exige un vínculo auténtico o efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la protección diplomática.

3) Aunque existe apoyo a la exigencia de un vínculo auténtico o efectivo entre el Estado de la nacionalidad y la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad en el caso del ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del que la persona lesionada no sea nacional, tanto en las decisiones arbitrales⁵⁶ como en las codificaciones⁵⁷ no se exige mayoritariamente tal

⁵⁶ Véase la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral Mixto yugoslavo-húngaro en el asunto *de Born*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, asunto N° 205, de 12 de julio de 1926.

⁵⁷ Véase el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930 concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad; la resolución sobre "*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*" (El carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado en razón de un daño sufrido por un individuo) adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Varsovia en 1965: *Résolutions de l'Institut de Droit International, 1957-1991 (1992)*, pág. 56 (art. 4 b)); 1960 *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for*

condición. En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral sostuvo que Egipto no podía aducir el hecho de que la persona lesionada tuviese efectivamente la nacionalidad persa frente a una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de la nacionalidad. El tribunal afirmó que:

"La norma de derecho internacional [es la de que] en el caso de doble nacionalidad una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiéndose a la nacionalidad de la otra Potencia."⁵⁸

Esta norma se ha seguido en otros casos⁵⁹ y ha sido reafirmada en época más reciente por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶⁰. La decisión de la Comisión de no exigir un vínculo auténtico o efectivo en esas circunstancias es razonable. A diferencia de la situación en la que un Estado de la nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de la nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado.

4) En principio, no hay motivo para que dos Estados de la nacionalidad no puedan ejercer conjuntamente un derecho atribuido a cada uno de ellos. Por consiguiente, en el párrafo 2 se reconoce que dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un Estado del que esa persona no sea nacional. Si bien el Estado responsable no puede oponerse a

Injuries to Aliens, art. 23 3), en L. B. Sohn y R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens" 55 *A.J.I.L.* (1961), pág. 548; y García Amador, Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, en *Anuario...*, 1958, vol. II, pág. 66, documento A/CN.4/111 (art. 21 3)).

⁵⁸ Laudo de 8 de junio de 1932, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1165, especialmente pág. 1188.

⁵⁹ Véanse las decisiones de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en la reclamación *Mergé* de 10 de junio de 1955, 22 *I.L.R.* 1955, pág. 443 especialmente pág. 456, la reclamación *Vereanu*, decisión N° 172, de 17 de mayo de 1957, 24 *I.L.R.* (1957), págs. 464 y 465; y la reclamación *Stankovic*, de 26 de julio de 1963, 40 *I.L.R.* (1963), pág. 155.

⁶⁰ Véase *Dallal v. Iran*, 3 *I.U.S.C.T.R.* (1983) pág. 23.

tal reclamación presentada por dos o más Estados que actúan simultáneamente y de concierto, puede suscitar objeciones cuando los Estados reclamantes formulan reclamaciones separadas bien ante el mismo foro o ante foros diferentes o cuando un Estado de la nacionalidad formula una reclamación después de que otro Estado de la nacionalidad haya recibido ya satisfacción respecto de esa reclamación. También pueden surgir problemas cuando un Estado de la nacionalidad renuncia al derecho a la protección diplomática mientras que otro Estado de la nacionalidad persevera en su reclamación. Es difícil codificar las normas que regulan diversas situaciones de este tipo. Dichas situaciones deben tratarse de conformidad con los principios generales del derecho concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas.

Artículo 7

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

El Estado de la 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.

Comentario

- 1) El artículo 7 trata del ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad ante otro Estado de la nacionalidad. Mientras que el artículo 6, que se refiere a una reclamación con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un Estado del que dicha persona no es nacional, no requiere que haya un vínculo efectivo entre el Estado reclamante y el nacional de ese Estado, el artículo 7 exige que el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es predominante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de presentación oficial de la reclamación.
- 2) Hubo un tiempo en que los partidarios de la norma de la no responsabilidad, según la cual un Estado de la nacionalidad no puede presentar una reclamación con respecto de una persona que tenga doble nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad, eran numerosos. En 1930, el Convenio de La Haya concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad decía en su artículo 4:

"Un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea."⁶¹

En posteriores propuestas de codificación se adoptó un enfoque similar⁶² y también se apoyó esa posición en laudos arbitrales⁶³. En 1949, en su opinión consultiva acerca del asunto relativo a la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la Corte Internacional de Justicia calificó de "práctica corriente" la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran⁶⁴.

3) Sin embargo, incluso antes de 1930 había decisiones arbitrales que sostenían otra posición, a saber que el Estado de la nacionalidad dominante o efectiva podía emprender acciones legales con respecto a un nacional frente a otro Estado de la nacionalidad⁶⁵. Esta jurisprudencia sirvió

⁶¹ Véase también el artículo 16 a) del proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros, 23, *A.J.I.L.* (1929). *Special Supplement* 22.

⁶² Véase el párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los intereses económicos de los extranjeros, 55 *A.J.I.L.* (1961), pág. 545; el apartado a) del artículo 4 de la resolución sobre "*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*" aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia de 1965, *Résolutions de l'Institut de Droit International, 1957-1991* (1992) 56; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1985 (II), 260 a 262.

⁶³ Véase el asunto *Alexander* (1898) 3 Moore, *International Arbitrations*, pág. 2529 (Comisión de Reclamaciones Británico-estadounidense); asunto *Oldenbourg*, *Decisions and Opinions of Commissioners*, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, pág. 97, y asunto *Honey*. *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, posteriores al 15 de febrero de 1930, pág. 13 (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana); y asunto *Adams and Blackmore*, decisión N° 64, de 3 de julio de 1931, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, págs. 216 y 217 (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana).

⁶⁴ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 186.

⁶⁵ Asunto *James Louis Drummond 2 Knapp*, *P.C. Rep.* pág. 295, 12 *Eng. Rep.* pág. 492; asuntos *Milani*, *Brignone*, *Stevenson* y *Mathinson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-venezolana) en Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, págs. 429 a 438, 710, 754 a 761 y 438 a 455, respectivamente; asunto *Carnevaro* (Tribunal Permanente de Arbitraje, 1912) en Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, en pág. 284; asunto *Hein*, de 26 de abril y 10 de mayo de 1922 (Tribunal Mixto de Arbitraje Anglo-alemán), *Annual Digest of*

de base a la Corte Internacional de Justicia en otro contexto en el asunto *Nottebohm*⁶⁶ y recibió la aprobación explícita de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Mergé* en 1955. En este caso esa Comisión afirmó lo siguiente:

"El principio basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en caso de doble nacionalidad, debe dar precedencia al principio de la nacionalidad efectiva siempre que esa nacionalidad sea la del Estado reclamante. Pero no se dará la precedencia cuando no se demuestre ese predominio, porque el primero de estos dos principios es generalmente reconocido y puede constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre."⁶⁷

En su opinión, la Comisión de Conciliación sostuvo claramente que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda. La norma así adoptada fue aplicada por la Comisión de Conciliación en más de 50 asuntos posteriores que afectaban a personas de doble nacionalidad⁶⁸. Basándose en estos

Public International Law Cases, vol. 1, 1919-1922, asunto N° 148, pág. 216; asunto *Blumenthal* (Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-alemán), *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, vol. 3 (1924), pág. 616; asunto *de Montfort*, de 10 de julio de 1926 (Tribunal Mixto Franco-alemán), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, asunto N° 206, pág. 279; y asunto *Pinson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-mexicana), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, 1927-1928, asuntos Nos. 194 y 195, de 19 de octubre de 1928, págs. 297 a 301; y asunto *Tellech*, de 25 de mayo de 1928 (Comisión Tripartita de Reclamación de los Estados Unidos, Austria y Hungría) *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 248.

⁶⁶ *I.C.J. Reports 1955*, págs. 22 y 23. El asunto *Nottebohm* no guardaba relación con la doble nacionalidad pero la Corte basó su conclusión en que *Nottebohm* no tenía ningún vínculo efectivo con Liechtenstein. Véanse también las resoluciones judiciales mencionadas en la nota 65.

⁶⁷ 22 *I.L.R.* (1955), pág. 443, especialmente pág. 455 (párr. V.5). Véase también el asunto *de León*, N° 218 y 227, de 15 de mayo de 1962 y 8 de abril de 1963. *U.N.R.I.A.A.* vol. XVI, pág. 239 especialmente pág. 247.

⁶⁸ Véanse, por ejemplo, la reclamación *Spaulding*, decisión 149, 24 *I.L.R.* (1957), pág. 452; la reclamación *Zangrilli*, de 21 de diciembre de 1956, 24 *I.L.R.* (1957), pág. 454; la reclamación *Cestra*, decisión 165, de 28 de febrero de 1957, 24 *I.L.R.* (1956), pág. 454; la reclamación *Puccini*, decisión 173, de 17 de mayo de 1957, 24 *I.L.R.* (1957), pág. 454; la reclamación *Salvoni*

asuntos, el Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos-Irán ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva en varios asuntos⁶⁹. Otra institución que apoya el principio de la nacionalidad dominante es la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas establecida por el Consejo de Seguridad para la indemnización de los daños causados por la ocupación de Kuwait por el Iraq. La condición exigida por esa Comisión para examinar las reclamaciones de personas con doble nacionalidad que poseen la nacionalidad iraquí es que tengan de buena fe la nacionalidad de otro Estado⁷⁰. En recientes propuestas de codificación se ha aprobado este enfoque. En su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado a la Comisión, García Amador propuso lo siguiente:

"En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar solamente podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole."⁷¹

Orrego Vicuña expuso una opinión análoga en su informe de 2000 a la Asociación de Derecho Internacional⁷².

4) La Comisión estima que el principio que permite a un Estado de la nacionalidad dominante o efectiva presentar una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario. El artículo 7 enuncia esa conclusión.

Estate decisión 169, de 9 de mayo de 1957, 25 *I.L.R.* (1957), pág. 455; la reclamación *Ruspoli* decisión 170, de 15 de mayo de 1957, 25 *I.L.R.* (1957), pág. 457; la reclamación *Ganapini*, decisión 196, de 30 de abril de 1959, 30 *I.L.R.* (1959), pág. 366; la reclamación *Turri*, decisión 209, de 14 de junio de 1960, 30 *I.L.R.* (1960), pág. 371; la reclamación *Graniero*, decisión 186, de 20 de enero de 1959, 30 *I.L.R.* (1959), pág. 451; y la reclamación *Di Cicio*, decisión 226, de 9 de noviembre de 1962, 40 *I.L.R.* (1962), pág. 148.

⁶⁹ Véanse, en particular, *Esphahanian v. Bank Tejarat* 21 *I.U.S.C.T.R.* (1983), pág. 166; asunto N° A/18 5 *I.U.S.C.T.R.* (1984), pág. 251.

⁷⁰ Documento de las Naciones Unidas S/AC.26/1991/Rev.1, párr. 11.

⁷¹ A/CN.4/111, en *Anuario...*, 1958, vol. II, pág. 66.

⁷² "Interim Report on the "The Changing Law of Nationality of Claims"" en *International Law Association, Report of the 69th Conference* (2000), pág. 646 (párr. 11).

5) La doctrina utiliza los términos "efectiva" o "dominante" para describir el vínculo necesario entre el Estado reclamante y su nacional en situaciones en las que un Estado de la nacionalidad presenta una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad. La Comisión decidió no utilizar ninguna de esas palabras para describir el vínculo necesario sino el término "predominante", ya que da una idea de relatividad e indica que la persona mantiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro. Los tribunales que examinen esta cuestión tendrán que ponderar la fuerza respectiva de las nacionalidades concurrentes y esa comparación se define con mayor precisión mediante el término "predominante" aplicado a la nacionalidad que con las palabras "efectiva" o "dominante". Además, es el término utilizado por la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Mergé*, que puede considerarse el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria⁷³.

6) La Comisión no pretende describir los factores que deben tenerse en cuenta al decidir cuál es la nacionalidad predominante. Según la doctrina, esos factores comprenden la residencia habitual, el tiempo pasado en cada país de nacionalidad, la fecha de naturalización (es decir, el tiempo durante el cual la persona era nacional del Estado protector antes de que se presentara la reclamación); el lugar, los programas de estudio y el idioma de la enseñanza recibida; el empleo y los intereses financieros; el lugar de la vida familiar; los vínculos familiares en cada país; la participación en la vida pública y social; la utilización del idioma; la tributación, las cuentas bancarias, la seguridad social; las visitas al otro Estado de la nacionalidad; la posesión y utilización del pasaporte del otro Estado; y el servicio militar. Ninguno de esos factores es decisivo y el peso que debe atribuirse a cada factor variará según las circunstancias del caso.

7) El artículo 7 está formulado de manera negativa: "Un Estado de la nacionalidad *no* podrá ejercer la protección diplomática... *a menos que*" su nacionalidad sea predominante. Eso es para poner de manifiesto que las circunstancias previstas en el artículo 7 deben considerarse excepcionales. También se deja claro que la carga de la prueba recae sobre el Estado reclamante, que debe demostrar que su nacionalidad es la predominante.

⁷³ 22 *I.L.R.* (1995), pág. 455.

8) La principal objeción a la presentación de una reclamación por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad es que eso podría permitir a un Estado a cuya nacionalidad hubiese dado predominancia el individuo después de haber sufrido un perjuicio infligido por el otro Estado de la nacionalidad presentar una reclamación contra este Estado. Esta objeción queda salvada mediante el requisito de que la nacionalidad del Estado reclamante sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esta exigencia refleja el principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 5 sobre la cuestión de la continuidad de la nacionalidad. Las expresiones "en el momento del perjuicio" y "en la fecha de la presentación oficial de la reclamación" se explican en el comentario a ese artículo. La excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad que figura en el párrafo 2 del artículo 5 no se aplica en este caso, ya que la persona lesionada a la que se refiere el artículo 7 no habrá perdido su otra nacionalidad.

Artículo 8

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 la nacionalidad del refugiado.

Comentario

1) La norma general era que un Estado sólo podía ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. En 1931, la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México sostuvo, en el asunto *Dickson Car Wheel Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, que los apátridas no podían beneficiarse de la protección diplomática, al afirmar que:

"Un Estado... no infringe las leyes internacionales al causar un perjuicio a un individuo carente de nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre de ese individuo antes o después de que se haya causado el daño."⁷⁴

Este pronunciamiento ya no refleja exactamente la situación de apátridas y refugiados ante el derecho internacional. El derecho internacional contemporáneo recoge una preocupación por la condición jurídica de esas dos categorías de personas, como demuestra la existencia de convenios como la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961⁷⁵ y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951⁷⁶.

2) El artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, se separa de la norma tradicional según la cual sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática y permite que un Estado ejerza esa protección con respecto a una persona que no sea nacional suyo, cuando esa persona sea apátrida o refugiado. Aunque la Comisión ha actuado dentro del marco de las normas que rigen la condición de apátrida o de refugiado, no ha querido pronunciarse sobre la condición de esas personas. Se ocupa sólo de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática de esas personas.

3) El párrafo 1 se refiere a la protección diplomática de los apátridas. No define quiénes son. Sin embargo, tal definición figura en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954⁷⁷, en la que se define como apátrida "a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación"⁷⁸. Cabe considerar sin duda que esa definición ha adquirido carácter consuetudinario. Un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona, independientemente de cómo haya llegado a ser apátrida, siempre que

⁷⁴ *U.N.R.I.A.A.* vol. IV, pág. 669, especialmente pág. 678.

⁷⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, pág. 221.

⁷⁶ *ibíd.*, vol. 189, pág. 151.

⁷⁷ *Ibíd.*, vol. 300, pág. 174.

⁷⁸ Art. 1.

tenga residencia legal y habitual en ese Estado en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

4) La exigencia de la residencia tanto legal como habitual fija un umbral elevado⁷⁹. Mientras que algunos miembros de la Comisión pensaron que este umbral era demasiado alto y podía llevar a una situación en la que los individuos implicados carecieran de protección efectiva, la mayoría opinó que la combinación de la residencia legal con la residencia habitual estaba justificada en el caso de una medida excepcional introducida *de lege ferenda*.

5) El criterio temporal para formular una reclamación previsto en el artículo 5 se repite en el párrafo 1. La persona apátrida debe ser residente legal y habitual del Estado reclamante, tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esto garantiza que los no nacionales estén sometidos a las mismas normas que los nacionales respecto de los requisitos temporales para la presentación de una reclamación.

6) El párrafo 2 trata de la protección diplomática de los refugiados por su Estado de residencia. La protección diplomática por parte del Estado de residencia es especialmente importante en el caso de los refugiados, ya que éstos no pueden o no quieren "acogerse a la protección [del Estado de la nacionalidad]"⁸⁰ y, si lo hacen, corren el peligro de perder su condición de refugiados en el Estado de residencia. El párrafo 2 es un reflejo del párrafo 1. Las importantes diferencias entre los apátridas y los refugiados, puestas de manifiesto en el párrafo 3, explican la decisión de la Comisión de asignar un párrafo separado a cada categoría.

7) La Comisión decidió insistir en la residencia legal y la residencia habitual como condiciones para el ejercicio de la protección diplomática de los refugiados, como en el caso de

⁷⁹ Los términos residencia "legal y habitual" se basan en el apartado g) del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 1997, en el que se emplean en el contexto de la adquisición de la nacionalidad. Véase también el proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños causados a extranjeros, de 1960, en el que se incluye a efectos de la protección con arreglo a esa convención a "una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado", art. 21 3) c).

⁸⁰ Artículo 1 A 2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

los apátridas, pese a que el artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fija el umbral más bajo de que "se encuentren legalmente"⁸¹, en lo que respecta a la expedición de documentos de viaje a los refugiados por los Estados Contratantes. La Comisión se vio influida por dos factores para llegar a esta decisión. En primer lugar, el hecho de que la expedición de documentos de viaje, según los términos de la Convención, no da al titular derecho alguno a la protección diplomática⁸². En segundo lugar, la necesidad de fijar un umbral elevado al introducir una excepción *de lege ferenda* a una norma tradicional. Algunos miembros de la Comisión adujeron que el umbral de la residencia legal y habitual como condición para el ejercicio de la protección diplomática era demasiado elevado también en el caso de los refugiados⁸³.

8) La palabra "refugiado", en el párrafo 2, no se limita a los refugiados según se definen en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y su Protocolo de 1967, sino que abarca también a personas que no están estrictamente incluidas en esa definición. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la expresión "refugiados reconocidos", que figura en el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 1997⁸⁴, lo que habría ampliado el concepto para incluir a los refugiados reconocidos en instrumentos regionales, como la Convención de la OUA que rige los Aspectos Inherentes a los Problemas de los Refugiados de África, de 1969⁸⁵, que se

⁸¹ Los trabajos preparatorios de la Convención dejan bien sentado que "encontrarse" (*stay*) supone menos que una residencia duradera.

⁸² Véase el párrafo 16 del anexo a la Convención.

⁸³ Véase el párrafo 4) del comentario al presente proyecto de artículo.

⁸⁴ Art. 6 4) g).

⁸⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, pág. 45. Dicha Convención amplía la definición de refugiado para incluir "a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o de su país de nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de su país de nacionalidad".

considera en general el modelo para la protección internacional de los refugiados⁸⁶, y la Declaración de Cartagena de 1984 sobre la protección internacional de los refugiados en Centroamérica, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1985⁸⁷. Sin embargo, la Comisión prefirió no poner límites al término para que cualquier Estado pudiera otorgar la protección diplomática a cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado. Esto tendría especial importancia para los refugiados en Estados que no son partes en los instrumentos internacionales o regionales existentes.

9) Los requisitos temporales para presentar una reclamación que figuran en el artículo 5 se repiten en el párrafo 2. El refugiado debe ser un residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

10) El párrafo 3 dispone que el Estado de refugio no podrá ejercer la protección diplomática respecto de un refugiado frente al Estado de la nacionalidad del refugiado. Si se hubiera permitido esto, se habría contradicho el criterio básico de los presentes artículos, según el cual la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de la protección diplomática. Este párrafo se justifica también por motivos políticos. La mayoría de los refugiados tienen serias quejas sobre la manera en que han sido tratados por su Estado de la nacionalidad, del que han huido para evitar la persecución. Si se autorizara la protección diplomática en esos casos, se abrirían las compuertas a la litigación internacional. Además, el temor a las exigencias de tal acción por los refugiados podría disuadir a los Estados de aceptar refugiados.

11) Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 disponen que un Estado de refugio "*podrá* ejercer la protección diplomática". Esto pone de relieve el carácter discrecional del derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de

⁸⁶ Nota sobre Protección Internacional presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones*, documento A/AC.96/830, pág. 20, párr. 35.

⁸⁷ Asamblea General de la OEA, 15º período ordinario de sesiones (1985), resolución aprobada por la Comisión General en su quinta sesión, celebrada el 7 de diciembre de 1985.

un nacional⁸⁸. *A fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado.

12) La Comisión subraya que el artículo 8 se ocupa sólo de la protección diplomática de los apátridas y refugiados. *No* se ocupa de la concesión de la nacionalidad a esas personas. No puede ni debe considerarse que el ejercicio de la protección diplomática respecto de un apátrida o refugiado cree una expectativa legítima de que se le va a conceder la nacionalidad. El artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, junto con el párrafo 15 de su anexo, ponen en claro que la expedición de un documento de viaje a un refugiado no afecta a la nacionalidad del titular. *A fortiori*, el ejercicio de la protección diplomática respecto de un refugiado, o de un apátrida, no debe en absoluto interpretarse en el sentido de que afecte a la nacionalidad de la persona protegida.

Capítulo III

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 9

Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 admite que la protección diplomática puede hacerse extensiva a las sociedades. La primera parte del artículo repite el texto del proyecto de artículo 4, relativo a la protección diplomática de las personas naturales. La disposición deja en claro que, para poder ser Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de una sociedad, deben reunirse ciertos requisitos, lo mismo que en el caso de la protección diplomática de las personas naturales.

⁸⁸ Véase el artículo 2 y su comentario.

2) La práctica de los Estados gira en gran parte en torno de la protección diplomática de las sociedades de capitales, empresas con un fin lucrativo que adoptan la forma de sociedades anónimas, cuyo capital está dividido en acciones, y no de otras personas jurídicas. Ello explica por qué el presente artículo y los artículos siguientes tratan de la protección diplomática de esas sociedades y de sus accionistas. El proyecto de artículo 13 versa sobre la situación de las personas jurídicas que no son sociedades de capitales.

3) Aunque la concesión de la nacionalidad pertenece al "dominio reservado"⁸⁹ o esfera de competencia exclusiva de un Estado, el derecho internacional, según el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, "atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social"⁹⁰. Para la adquisición de la nacionalidad por una sociedad a los efectos de la protección diplomática hacen falta dos condiciones: constitución de la sociedad y presencia de su domicilio social en el Estado en que se ha constituido. En la práctica, las leyes de la mayoría de los Estados exigen que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga un domicilio social en su territorio. Por lo tanto, el requisito adicional del domicilio social podría parecer superfluo. No obstante, la Corte Internacional dejó en claro que debían cumplirse ambas condiciones cuando dijo: "Esos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales"⁹¹. Posiblemente, la Corte Internacional, al establecer el requisito relativo al domicilio social, quiso reconocer la necesidad de que hubiera un vínculo tangible, por tenue que fuera, entre el Estado y la sociedad. Ello queda confirmado por la importancia que atribuyó al hecho de que el domicilio social de la sociedad *Barcelona Traction* estaba en el Canadá y que ese

⁸⁹ *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, 1923, *P.C.I.J. Reports, Series B*, N° 4, pág. 24.

⁹⁰ *The Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (en adelante asunto de la *Barcelona Traction*), *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, especialmente pág. 42, párr. 70.

⁹¹ *Ibíd.*, pág. 42, párr. 70.

hecho creaba, con otros factores, un "vínculo estrecho y permanente" entre el Canadá y la sociedad Barcelona Traction⁹².

4) En el artículo 9 se emplea el término "fundado" en lugar de "constituido", ya que este último es un término técnico que no existe en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante, es evidente que "fundado" abarca el concepto de constitución, así como el de inscripción, además de otros medios que pueda emplear un Estado para crear una sociedad. La "fundación" (o constitución) de una sociedad con arreglo al derecho de un Estado determinado no basta a los efectos de la protección diplomática. Debe haber además algún vínculo tangible con el Estado en que se funda la sociedad, en forma de un domicilio social o sede de su administración (*siège social*), o un vínculo similar. Con esa redacción se trata de dar efecto a la insistencia con que la Corte Internacional de Justicia exige en el asunto de la *Barcelona Traction* que haya algún factor de conexión entre el Estado en que se ha fundado la sociedad y esa sociedad. No se utiliza la expresión "vínculo estrecho y permanente" empleada por la Corte Internacional para describir el vínculo entre la Barcelona Traction y el Canadá, ya que establecería un umbral demasiado alto para el factor de conexión. Se prefiere en cambio el "domicilio social", factor de conexión exigido por la Corte además de la constitución. Como algunos ordenamientos jurídicos no exigen un domicilio social sino otro tipo de conexión, se utiliza como alternativa "sede de su administración o... un vínculo análogo". En general, el artículo 9 requiere que exista una relación entre la sociedad y el Estado que vaya más allá de la simple fundación o constitución y se caracterice por otro factor de conexión adicional. Esa relación, que se rige por el derecho interno del Estado que trata de ejercer la protección diplomática, puede ser designada con términos diferentes por los distintos sistemas jurídicos⁹³.

⁹² *Ibid.*, pág. 42, párr. 71.

⁹³ En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte dejó en claro que no hay normas de derecho internacional relativas a la constitución de sociedades. En consecuencia, era necesario recurrir al derecho interno para cerciorarse de que se habían cumplido las condiciones necesarias para la constitución. La Corte declaró: "Lo que esto significa es simplemente que el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se

5) En el asunto de la *Barcelona Traction*, el Estado de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas (Bélgica) adujo que tenía derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a la sociedad porque su accionariado hacía que tuviera con ella un vínculo efectivo de la misma naturaleza que el que había sido reconocido en el asunto *Nottebohm*⁹⁴. Al rechazar el argumento, la Corte no desestimó la aplicación a las sociedades del criterio del vínculo efectivo, ya que consideró que en aquel caso había un vínculo "estrecho y permanente" entre la Barcelona Traction y el Canadá, en donde se encontraba su domicilio social y en donde se habían celebrado durante muchos años las reuniones de su consejo de administración⁹⁵. El artículo 9 no exige la existencia de una relación auténtica o vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado protector de la índole del que Bélgica propugnaba en el asunto de la *Barcelona Traction*. Además, rechaza la noción de un vínculo efectivo como factor de conexión necesario en el contexto de la protección diplomática de las sociedades, ya que ello podría traducirse en la apatridia de las sociedades fundadas en un Estado y con una mayoría de accionistas en otro Estado. La opinión predominante en la Comisión fue la de que el domicilio social, la sede de la administración de la sociedad "o... un vínculo análogo" no debían considerarse, pues, como formas de una relación auténtica o vínculo efectivo, en particular en la medida en que se entienda que esa expresión requiere una mayoría de accionistas como factor de conexión.

6) Las palabras "o... un vínculo análogo" deben leerse en el contexto "su domicilio social o la sede de su administración", de conformidad con la regla de interpretación *eiusdem generis*, que requiere que una proposición general de esa índole se interprete restrictivamente para que concuerde con la que la antecede. Eso significa que no tendrá vida propia. Debe necesariamente designar un vínculo análogo al del "domicilio social" o la "sede de su administración".

plantean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas" (ibíd., *I.C.J. Reports*, pág. 33, párr. 38).

⁹⁴ *I.C.J. Reports 1955*, pág. 4.

⁹⁵ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 42, párrs. 70 y 71.

7) A diferencia del artículo 4, el artículo 9 habla de "el" Estado de la nacionalidad en el sentido de "el" Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad. Esa fórmula sirve para evitar toda sugerencia de que una sociedad podría tener doble nacionalidad. Como la nacionalidad múltiple es posible en el caso de las personas naturales, el artículo 4 habla de "un" Estado de la nacionalidad. Algunos miembros de la Comisión no estaban de acuerdo con la opinión de que las sociedades sólo pueden tener una nacionalidad.

Artículo 10

Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y tenga esa nacionalidad en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado.

Comentario

1) Los principios generales relativos al requisito de la continuidad de la nacionalidad se examinan en el comentario al artículo 5. En la práctica se plantean menos problemas de continuidad de la nacionalidad en el caso de las sociedades que en el de las personas naturales. Mientras que las personas naturales cambian fácilmente de nacionalidad como consecuencia de una naturalización, voluntaria o involuntaria (como, posiblemente, en caso de matrimonio o de adopción) y de sucesión de Estados, las sociedades sólo pueden cambiar de nacionalidad volviendo a ser fundadas o constituidas en otro Estado, en cuyo caso asumen una nueva personalidad, con lo que se rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad⁹⁶. Sólo en un

⁹⁶ Véase Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, asunto *Orinoco Steamship Company, U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 180 (1903). En este caso, una sociedad constituida en el Reino Unido transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación a favor de su nacional en esas circunstancias, se

caso puede quizá una sociedad cambiar de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica, y es el de la sucesión de Estados.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenga su nacionalidad tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. El primer requisito, el de que la sociedad perjudicada sea nacional del Estado reclamante en el momento de presentar la reclamación, no plantea problemas. Sin embargo, las dificultades surgen con respecto al *dies ad quem*, la fecha hasta la que se exige la nacionalidad de la reclamación⁹⁷. La sociedad debe ser claramente nacional del Estado reclamante cuando se haga la presentación oficial de la reclamación. Esta tesis encuentra apoyo en los tratados, las decisiones judiciales y la doctrina⁹⁸. En ese sentido, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática comienza en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la sociedad deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo. Según esa opinión, la norma sobre la continuidad de la nacionalidad exige que el vínculo de la nacionalidad exista "desde el momento en que se produjo el perjuicio hasta

admitió la reclamación. Sin embargo, el árbitro Barge dejó en claro que, de no haber sido por ese tratado, la reclamación no se habría admitido: *ibíd.*, especialmente pág. 192.

⁹⁷ El Tribunal Permanente de Justicia Internacional dejó la cuestión sin decidir en el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Reports 1939, Series A/B 76*, pág. 4, especialmente pág. 17. Véase también el Cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, A/CN.4/489, que subraya las dificultades que rodean a la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados.

⁹⁸ Véase *Kren Claim*, 20 *I.L.R.*, (1953), pág. 233, especialmente pág. 234.

aquel en que se dicta el fallo"⁹⁹. Como en la práctica son pocos los casos de este género, la Comisión se ha inclinado por mantener la posición reflejada en el proyecto de artículo 10¹⁰⁰.

3) La palabra "reclamación" del párrafo 1 comprende tanto la presentada por cauces diplomáticos como la interpuesta ante un órgano judicial. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación¹⁰¹.

4) Surgen dificultades cuando se trata del ejercicio de la protección diplomática de una sociedad que ha dejado de existir según el derecho del Estado en que se fundó y de la que era nacional. Si se adopta la postura de que el Estado de la nacionalidad de esa sociedad no podrá interponer una reclamación, ya que la sociedad no existe en el momento de la presentación de esa reclamación, ningún Estado podrá ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a esa sociedad. El Estado no podrá hacer valer la nacionalidad de los accionistas con objeto de entablar esa reclamación, ya que no podrá demostrar que tenía el interés necesario en el momento en que se produjo el perjuicio a la sociedad. Esta cuestión preocupó a varios magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁰² y ha preocupado a ciertos tribunales judiciales y arbitrales¹⁰³ y a los tratadistas¹⁰⁴. El párrafo 2 adopta un enfoque

⁹⁹ *Oppenheim's International Law*, R. Jennings y A. Watts (eds.), novena edición (1992), pág. 512.

¹⁰⁰ Véase un ejemplo reciente en *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. US*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones, 26 de junio de 2003, asunto N° ARB(AF)/98/3.

¹⁰¹ Véase además el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos de 2001 y su comentario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 77.

¹⁰² Magistrados Jessup (*I.C.J. Reports 1970*, pág. 193), Gross (ibíd., pág. 277) y Fitzmaurice (ibíd., págs. 101 y 102) y magistrado ad hoc Riphagen (ibíd., pág. 345).

¹⁰³ Véase la reclamación *Kunhardt* (Votos particulares en la Comisión Estados Unidos-Venezuela de 1903), *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 171 y, en particular, el voto particular disconforme del Comisionado de Venezuela, Sr. Paúl, especialmente pág. 180; *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, decisión N° 10, de 6 de diciembre de 1929, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 61, especialmente pág. 63.

pragmático y permite al Estado de la nacionalidad de una sociedad ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por la sociedad cuando tenía su nacionalidad, aunque ha cesado de existir -y por consiguiente ha dejado de tener esa nacionalidad- como resultado del perjuicio. A fin de poder hacerlo, el Estado reclamante deberá probar que fue el perjuicio en razón del cual se formula la reclamación el que hizo que la sociedad dejara de existir. El párrafo 2 debe leerse conjuntamente con el apartado a) del artículo 11, que deja en claro que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad que llevó a su desaparición.

Artículo 11

Protección de los accionistas

El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en favor de esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

- a) La sociedad haya dejado de existir de conformidad con la legislación del Estado de constitución por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o
- b) La sociedad tenga, en el momento del perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca, y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

Comentario

1) El principio más fundamental de la protección diplomática de las sociedades es que una sociedad debe ser protegida por el Estado de su nacionalidad y *no* por el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad. Este principio fue reafirmado con firmeza por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*. En este caso, la Corte subrayó desde el principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los

¹⁰⁴ L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), págs. 206 y 207; W. E. Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies", *17 Transactions of the Grotus Society*, (1932), pág. 158, especialmente pág. 191; y E. Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990), págs. 197 a 202.

accionistas de "una sociedad anónima, cuyo capital está dividido en acciones"¹⁰⁵. Este tipo de sociedades se caracteriza por una clara distinción entre la sociedad y los accionistas¹⁰⁶. Cuando los intereses de un accionista son lesionados por un perjuicio causado a la sociedad, es a la sociedad a la que el accionista debe dirigirse para que ésta ejercite la acción correspondiente, dado que "aunque dos entidades distintas puedan sufrir el mismo perjuicio, sólo una de ellas ha visto vulnerados sus derechos "¹⁰⁷. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación vulnere directamente los derechos de los accionistas tiene un accionista un derecho de accionar independiente¹⁰⁸. Los principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas, dijo la Corte, se derivan del derecho interno y no del derecho internacional¹⁰⁹.

2) Para llegar a la decisión de que corresponde al Estado de constitución de la sociedad ejercer la protección diplomática en caso de perjuicio causado a una sociedad, y no al Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas, la Corte se guió, en el asunto de la *Barcelona Traction*, por una serie de consideraciones de principio. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que realiza actividades comerciales en el extranjero, asumen riesgos, incluido el de que el Estado de la nacionalidad de la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, ejercer la protección diplomática con respecto a ellos¹¹⁰. En segundo lugar, si se permitiese al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, ello podría llevar a una multiplicidad de reclamaciones por diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades¹¹¹. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de la nacionalidad del accionista tenía

¹⁰⁵ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 34, párr. 40.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 34, párr. 41.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 35, párr. 44.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 36, párr. 47.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pág. 37, párr. 50.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 35 (párr. 43), pág. 46 (párrs. 86 y 87) y pág. 50 (párr. 99).

¹¹¹ *Ibid.*, págs. 48 y 49, y párrs. 94 a 96.

competencia para actuar por cuenta de éste, no había razón para que cada accionista no gozara de ese derecho¹¹². En tercer lugar, la Corte se mostró renuente a aplicar por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad a las sociedades y a los accionistas y a permitir que los Estados de la nacionalidad de ambos ejerciesen la protección diplomática¹¹³.

3) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte aceptó la posibilidad de que el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas podieran ejercer la protección diplomática en favor de éstos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad hubiera dejado de existir en su lugar de constitución¹¹⁴ (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de los perjuicios causados a la sociedad y el único medio de defensa de que dispusieran los accionistas extranjeros en el plano internacional fuera recurrir a su Estado o Estados de la nacionalidad¹¹⁵ (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*). Esas dos excepciones, que no fueron detenidamente examinadas por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* porque no eran pertinentes, se reconocen en los apartados a) y b) del artículo 11. Es importante subrayar que, como los accionistas de una sociedad pueden ser nacionales de Estados diferentes, varios Estados de la nacionalidad pueden ejercer la protección diplomática de acuerdo con esas excepciones.

4) El apartado a) del artículo 11 requiere que la sociedad "haya dejado de existir" para que el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenga derecho a intervenir en favor suyo. Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la mayor parte de la doctrina estaba a favor de un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera "prácticamente extinta"¹¹⁶. En el asunto de la *Barcelona Traction*, sin embargo, la

¹¹² *Ibid.*, pág. 48, párrs. 94 y 95.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 38 (párr. 53), pág. 50 (párr. 98).

¹¹⁴ *Ibid.*, págs. 40 y 41, párrs. 65 a 68.

¹¹⁵ *Ibid.*, pág. 48, párr. 92.

¹¹⁶ *Delagoa Bay Railway Co. Case*, B. J. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, (1906), pág. 648; reclamación *El Triunfo*; B. J. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, (1906),

Corte fijó un umbral más alto para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones "parálisis" o "situación financiera precaria" se desecharon por estimarlas inadecuadas¹¹⁷. El criterio de que la sociedad estuviera "prácticamente extinta" se rechazó igualmente por considerar que "carece de toda precisión jurídica"¹¹⁸. Considerando que "sólo la situación jurídica de la sociedad es pertinente", la Corte declaró que: "Sólo la desaparición jurídica de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad un recurso por intermedio de la sociedad; únicamente cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido podría plantearse la cuestión de un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno"¹¹⁹. Ulteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apoyado este criterio¹²⁰.

5) En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte no declaró expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir *en el lugar de su constitución* como requisito previo para la intervención de los accionistas. No obstante, parece deducirse claramente del asunto sometido a la Corte que, a su parecer, la sociedad debía haber dejado de existir en el Estado de constitución y no en el Estado en que la sociedad había resultado perjudicada. La Corte estaba dispuesta a aceptar que la sociedad había cesado de existir en España¹²¹, pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución: "En el presente caso, la sociedad Barcelona Traction está sujeta a administración judicial (*receivership*) en el país en que ha sido constituida. Esta situación, lejos de significar que la persona jurídica o sus derechos se han extinguido denota más bien que esos derechos subsistan mientras no se produzca la liquidación. Aunque sujeta a administración judicial (*receivership*), la sociedad continúa

pág. 649; y reclamación *Baasch & Romer, U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 713, especialmente pág. 723.

¹¹⁷ *I.C.J. Reports 1970*, págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66.

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 41, párr. 66.

¹¹⁹ *Ibid.*; véanse también los votos particulares de los magistrados Nervo (*ibid.*, pág. 256) y Ammoun (*ibid.*, págs. 319 y 320).

¹²⁰ Asunto *Agrotexim, E.C.H.R., Series A*, N° 330-A, pág. 25, párr. 68.

¹²¹ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 40, párr. 65. Véanse también los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice (*ibid.*, pág. 75) y Jessup (*ibid.*, pág. 194).

existiendo"¹²². Una sociedad "nace" en el Estado de constitución cuando se funda o constituye allí. Por el contrario, "muere" cuando se disuelve en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio existencia. En consecuencia, parece lógico que la cuestión de si una sociedad ha dejado de existir y ya no está en condiciones de funcionar como persona jurídica debe decidirse con arreglo al derecho del Estado en que la sociedad fue constituida.

6) Las palabras "por algún motivo no relacionado con el perjuicio" tienen por objeto asegurar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no pueda iniciar un procedimiento con respecto al perjuicio causado a la sociedad que sea la causa de la desaparición de ésta. Este derecho, de conformidad con el artículo 10, sigue correspondiendo al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Por consiguiente, el Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultas de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiera haber dado lugar a la desaparición de ésta. La finalidad de esa puntualización es limitar los casos en que el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir a favor de éstos por un perjuicio causado a la sociedad.

7) El apartado b) del artículo 11 da efecto a la excepción que permite al Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad ejercer la protección diplomática en favor de éstos cuando sea el propio Estado de constitución el responsable del perjuicio causado a la sociedad. Sin embargo, la excepción se formula de un modo restrictivo a fin de limitarla a los casos en que la constitución fuera exigida por el Estado que haya causado el perjuicio a la sociedad como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

8) Hay indicios de un apoyo vacilante a una excepción más amplia, sin la condición restrictiva que figura en el apartado b), en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales¹²³ y la

¹²² *Ibíd.*, pág. 41, párr. 67.

¹²³ *Delagoa Bay Railway Company*, J. B. Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, pág. 648; *Mexican Eagle (El Águila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1272 a 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, pág. 841; *El Triunfo*, laudo de 8 de mayo de 1902, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 467; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, laudo de 5 de agosto de 1926,

doctrina. Resulta significativo, sin embargo, que el apoyo más decidido en favor de la intervención del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en tres reclamaciones en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado autor del hecho lesivo: *Delagoa Bay Railway*¹²⁴, *Mexican Eagle*¹²⁵ y *El Triunfo*¹²⁶. Aunque en el texto de esas reclamaciones no hay ninguna indicación de que la intervención haya de limitarse a esos casos, no cabe duda de que es en ellos cuando es más necesaria. Como respondió el Gobierno del Reino Unido al argumento de México en el asunto de la *Mexican Eagle* de que un Estado no podría intervenir en favor de sus accionistas en una sociedad mexicana:

"Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con la legislación local, y desde luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero."¹²⁷

9) En el asunto de la *Barcelona Traction*, España, el Estado demandado, no era el Estado de la nacionalidad de la sociedad que había sufrido el perjuicio. Por consiguiente, la excepción que se examina no se adujo ante la Corte. No obstante, la Corte se refirió de pasada a esa excepción:

U.N.R.I.A.A., vol. II, pág. 779, especialmente pág. 790. Véase un amplio examen de la doctrina en L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969); M. Jones, "Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies" 26 *B.Y.I.L.* (1949), pág. 225. Véase también E. Jiménez de Aréchaga "International Responsibility", en Max Sørensen (ed.) *Manual of International Law*, (1968), pág. 531, especialmente págs. 580 y 581.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1273 y 1274.

"Es exacto que se ha sostenido que, por motivos de equidad, un Estado debería poder asumir en ciertos casos la protección de sus nacionales accionistas de una sociedad que hubiera sido víctima de una violación del derecho internacional. Es así como se ha desarrollado una teoría según la cual el Estado de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Cualquiera que sea la validez de esta teoría, ciertamente no se aplica en el caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad Barcelona Traction."¹²⁸

En sus votos particulares relativos a la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los magistrados Fitzmaurice¹²⁹, Tanaka¹³⁰ y Jessup¹³¹ se pronunciaron sin reserva a favor del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando el perjuicio a la sociedad es causado por el Estado de constitución¹³². Aunque tanto Fitzmaurice¹³³ como Jessup¹³⁴ reconocieron que la necesidad de esa norma era especialmente grande cuando la condición previa para realizar actividades empresariales en un Estado era que la sociedad se hubiera constituido con arreglo a la legislación de ese Estado, ninguno de los dos estaba dispuesto a admitir que la norma se limitara a esos casos. En cambio, los magistrados Padilla Nervo¹³⁵, Morelli¹³⁶ y Ammoun¹³⁷ se opusieron enérgicamente a esa excepción.

¹²⁸ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 48, párr. 92.

¹²⁹ *Ibid.*, págs. 72 a 75.

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 134.

¹³¹ *Ibid.*, págs. 191 a 193.

¹³² El magistrado Wellington Koo apoyó igualmente esta posición en el asunto de la *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, *I.C.J. Reports 1964*, pág. 58, párr. 20.

¹³³ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 73, párrs. 15 y 16.

¹³⁴ *Ibid.*, págs. 191 y 192.

¹³⁵ *Ibid.*, págs. 257 a 259.

¹³⁶ *Ibid.*, págs. 240 y 241.

10) En el período posterior al asunto de la *Barcelona Traction* se han producido algunos cambios en lo que concierne a la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados. De ellos no obstante se desprende una tendencia favorable a la idea de que los accionistas de una sociedad pueden intervenir frente al Estado en que se ha constituido la sociedad cuando éste es responsable del perjuicio causado a esa sociedad¹³⁸. En el asunto de la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*¹³⁹, una sala de la Corte Internacional de Justicia permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses. La Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del asunto de la *Barcelona Traction*, a pesar de que Italia opuso la objeción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado se había constituido en Italia y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de los accionistas de esa sociedad¹⁴⁰. Ese silencio podría explicarse por el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación bilateral, en que se preveía la protección de los accionistas estadounidenses en el extranjero. Por otra parte, es evidente que la excepción propuesta se había planteado ante la Sala¹⁴¹. Por consiguiente, puede inferirse un apoyo a la excepción en favor del derecho del Estado de los accionistas de una

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 318.

¹³⁸ Véase *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, asunto N° 129, de 24 de octubre de 1985, 84 *I.L.R.*, págs. 484 y 496 (interpretación del artículo VII 2) de la Declaración de Argel relativa a la solución de las reclamaciones); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* 26 *I.L.M.*, (1987), págs. 647 y 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

¹³⁹ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15.

¹⁴⁰ *Ibid.*, págs. 64 (párr. 106) y 79 (párr. 132).

¹⁴¹ Esto se deduce claramente del intercambio de opiniones al respecto entre los magistrados Oda (*ibid.*, págs. 87 y 88) y Schwebel (*ibid.*, pág. 94).

sociedad a intervenir frente al Estado de constitución si éste es responsable del perjuicio causado a la sociedad¹⁴².

11) Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la excepción propuesta gozaba de cierto apoyo, aunque las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. El *obiter dictum* emitido por la Corte en su sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* y los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka han conferido incontestablemente mayor peso a los argumentos a favor de la excepción. La evolución posterior, aunque sólo sea en el contexto de la interpretación de los tratados, han confirmado esta tendencia¹⁴³. En esos casos sería posible defender una excepción general basada en la jurisprudencia. Sin embargo, el apartado b) del artículo 11 no va tan lejos. En lugar de ello, limita la excepción a la que se ha denominado una "sociedad Calvo", es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la cláusula Calvo, tiene por objeto preservarla de las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática. Limita la excepción al supuesto en que la sociedad, *en el momento del perjuicio* (otro rasgo restrictivo) tenga la nacionalidad del Estado supuestamente responsable de haber causado el perjuicio y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en él. Sin duda habrá casos en que se ejerza presión política sobre los inversores extranjeros para que constituyan una sociedad en el Estado en que deseen realizar actividades empresariales. Con arreglo a la excepción que figura en el apartado b), ello no será suficiente: la legislación del Estado deberá exigir la constitución como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

¹⁴² Opinión expresada por Yoram Dinstein en "Diplomatic Protection of Companies under International Law", en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice* (1988) pág. 505, especialmente pág. 512.

¹⁴³ De conformidad con sus Normas aplicables a las reclamaciones internacionales, aprobadas por el Reino Unido en 1985, "en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en otra calidad, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es, por consiguiente, nacional, y ese Estado cause un perjuicio a la sociedad, el Gobierno de

Artículo 12

Perjuicio directo a los accionistas

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, distintos de los derechos de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales.

Comentario

- 1) La Corte reconoció en el asunto de la *Barcelona Traction* que los accionistas podían acogerse a la protección diplomática cuando sus propios derechos resultaban afectados:

"... un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo lesiona esos derechos no implica responsabilidad alguna hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados. ... La situación es diferente si el acto objeto de reclamación está dirigido contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el derecho interno confiere a los accionistas derechos distintos de los de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho de asistir a las juntas generales y votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación. Si se vulnera uno de sus derechos propios, el accionista tiene un derecho de accionar independiente."¹⁴⁴

No obstante, la Corte no tuvo que examinar más a fondo esta cuestión porque Bélgica había indicado claramente que no basaba su reclamación en una vulneración directa de los derechos de los accionistas.

- 2) La cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó ante la Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la sociedad *ELSI*¹⁴⁵. Sin embargo, en

Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido". (Regla VI), reimpresas en 37 *I.C.L.Q.* (1988) 1007.

¹⁴⁴ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 36, párrs. 46 y 47.

¹⁴⁵ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15.

este caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, figuraban en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que se pedía a la Sala que interpretara, y ésta no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta materia. En el asunto *Agrotexim*¹⁴⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero falló que en el caso considerado no se había producido tal violación¹⁴⁷.

3) El artículo 12 no intenta ofrecer una relación exhaustiva de los derechos de los accionistas como derechos distintos de los de la propia sociedad. En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte mencionó los derechos más evidentes de los accionistas -el derecho a los dividendos declarados, el derecho a asistir a las juntas generales y a votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación-, pero dejó en claro que la lista no era exhaustiva. Ello significa que incumbirá a los tribunales determinar, sobre la base de los hechos de cada caso, los límites de esos derechos. Sin embargo, será preciso cuidar de delimitar claramente los derechos de los accionistas y los derechos de la sociedad, especialmente en lo que respecta al derecho a participar en la gestión de las sociedades. Que el artículo 12 debe interpretarse restrictivamente se subraya con las fórmulas "los derechos de los accionistas como tales" y "distintos de los derechos de la propia sociedad".

4) El artículo 12 no especifica qué ordenamiento jurídico determinará cuáles son los derechos que corresponden a los accionistas distintos de los derechos de la sociedad. En la mayoría de los casos, la cuestión deberá decidirse por el derecho interno del Estado de constitución. Sin embargo, si la sociedad ha sido constituida en el Estado autor del hecho lesivo, tal vez se justifique invocar los principios generales del derecho de sociedades a fin de asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un trato discriminatorio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ *Series A*, N° 330-A.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pág. 23, párr. 62.

¹⁴⁸ En su voto particular emitido en el asunto de la sociedad *ELSI*, el magistrado Oda habló de "los principios generales de derecho relativos a las sociedades" en el contexto de los derechos de los accionistas; *I.C.J. Reports 1989*, págs. 87 y 88.

Artículo 13

Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en los proyectos de artículo 9 y 10 con respecto a las sociedades serán aplicables, en cuanto sea apropiado, a la protección diplomática de otras personas jurídicas.

Comentario

- 1) Las disposiciones de este capítulo han versado hasta ahora sobre un tipo particular de persona jurídica, la sociedad. Ello se explica por dos motivos. En primer lugar, las sociedades, a diferencia de otras personas jurídicas, tienen ciertas características comunes y uniformes: son empresas con un fin lucrativo cuyo capital generalmente está dividido en acciones y en las que se hace una clara distinción entre la sociedad como entidad separada y los accionistas, a quienes incumbe una responsabilidad limitada. En segundo lugar, es principalmente la sociedad, y no la empresa pública, la universidad, el municipio, la fundación y otras personas jurídicas del mismo género la que participa en el comercio y las inversiones extranjeras y la que con sus actividades no sólo anima la economía internacional, sino también el mecanismo de solución de las controversias internacionales. La protección diplomática de las personas jurídicas atañe principalmente a la protección de las inversiones extranjeras. De ahí que la sociedad sea la persona jurídica de mayor importancia en el ámbito de la protección diplomática y que sea y deba ser el principal objeto del presente proyecto de artículos.
- 2) En su sentido ordinario, la palabra "persona" denota un ser humano. Sin embargo, en un sentido jurídico, una "persona" es cualquier ente, objeto, asociación o institución a quien la ley otorga capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Un sistema jurídico puede conferir la personalidad jurídica a cualquier objeto o asociación que le plazca. No existe coherencia ni uniformidad entre los distintos sistemas jurídicos a la hora de conferir la personalidad jurídica.
- 3) Se debate entre los juristas la naturaleza de la personalidad jurídica y, en particular, la manera en que nace una persona jurídica. Según la teoría de la ficción, una persona jurídica sólo puede comenzar a existir mediante un acto formal de constitución dimanante del Estado. Esto

quiere decir que un ente que no sea una persona física puede adquirir los atributos de la personalidad por un acto del Estado que lo asimile en virtud de una ficción jurídica a una persona física, con sujeción a las limitaciones que la ley imponga. Por otra parte, según la teoría realista, la existencia de la personalidad jurídica es un hecho y no depende del reconocimiento del Estado. Si una asociación o ente actúa de hecho como una entidad jurídica separada, se convierte en una persona jurídica con todos sus atributos, sin necesidad de que el Estado le otorgue la personalidad jurídica. Independientemente de los méritos de la teoría realista, está claro que, para poder existir, una persona jurídica debe gozar de cierto reconocimiento jurídico, es decir, en un ordenamiento jurídico nacional, como han subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁴⁹ y la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁰.

4) Puesto que las personas jurídicas son creación del derecho interno, es lógico que hoy exista una gran variedad de personas jurídicas con características diferentes, entre ellas las sociedades, las empresas públicas, las universidades, las escuelas, las fundaciones, las iglesias, los municipios, las asociaciones sin ánimo de lucro, las organizaciones no gubernamentales e incluso (en algunos países) las sociedades personalistas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar rasgos comunes y uniformes en todas esas personas jurídicas explica que los estudiosos del derecho internacional público y privado, a la hora de examinar las personas jurídicas en el marco del derecho internacional, se limiten principalmente a la sociedad. No obstante, es necesario tener en cuenta las personas jurídicas distintas de las sociedades en el contexto de la protección diplomática. La jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional demuestra que en determinados casos un municipio¹⁵¹ (comuna) o una

¹⁴⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust*, [1988] ECR 5483, en el párr. 19.

¹⁵⁰ *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1970*, págs. 34 y 35 (párr. 38).

¹⁵¹ En el asunto *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente estatuyó que el municipio de Ratibor pertenecía a la categoría de "nacional alemán" en el sentido del Convenio germanopolaco de 1922 relativo a la Alta Silesia, *P.C.I.J. Reports, Series A*, Nº 7, págs. 73 a 75.

universidad¹⁵² puede ser considerado como una persona jurídica y como nacional de un Estado. No hay motivo para que dichas personas jurídicas no puedan acogerse a la protección diplomática si resultan lesionadas en el extranjero, a condición de que sean entidades autónomas que no formen parte del aparato del Estado protector¹⁵³. Las fundaciones con fines no lucrativos, cuyos bienes han sido destinados por un donante o testador a un fin caritativo, constituyen personas jurídicas sin miembros. Actualmente muchas fundaciones financian proyectos en el exterior para promover la salud, el bienestar, los derechos de la mujer, los derechos humanos y el medio ambiente en los países en desarrollo. Si una persona jurídica de esa índole es víctima de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado anfitrión, es probable que goce de protección diplomática por parte del Estado en virtud de cuyo ordenamiento jurídico ha sido creada. Podría parecer que las organizaciones no gubernamentales que realizan actividades en el exterior en favor de una buena causa pertenecen a la misma categoría que las fundaciones¹⁵⁴.

5) La diversidad de metas y estructuras de las distintas clases de personas jurídicas que no son sociedades hace imposible elaborar disposiciones separadas e independientes relativas a su protección. La única opción realista, y la más sensata, es elaborar una disposición que haga extensivos los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas, con sujeción a los cambios necesarios en función de las distintas características de cada persona jurídica. La disposición propuesta, que apunta a ello, establece

¹⁵² En *Appeal from a Judgement of the Czechoslovak-Hungarian Mixed Arbitral Tribunal (Peter Pázmány University v. Czechoslovakia)*, la Corte Permanente declaró que la Universidad Peter Pázmány era de nacionalidad húngara, a tenor del artículo 250 del Tratado de Trianón y que, por lo tanto, tenía derecho a la restitución de bienes de su propiedad, *P.C.I.J. Reports, Series A/B*, N° 61, págs. 208 y 227 a 232.

¹⁵³ Si la protección diplomática es un proceso reservado para la protección de personas naturales o jurídicas que no forman parte del Estado, se deduce que, en la mayoría de los casos, el municipio, como subdivisión de la administración local, y la universidad, financiada y en última instancia controlada por el Estado, no tienen derecho a la protección diplomática. Sin embargo, las universidades privadas tendrían derecho a la protección diplomática, al igual que las escuelas privadas, si gozan de personalidad jurídica en virtud del derecho interno.

¹⁵⁴ Véase además K. Doehring, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations" en *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994), págs. 571 a 580.

que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades y la aplicación a estas últimas del principio de la continuidad de la nacionalidad se aplicará, "en cuanto sea apropiado", a la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades. En un comienzo se utilizó la expresión *mutatis mutandis*, pero la Comisión decidió no emplear una expresión latina dado que la frase "en cuanto sea apropiado" reflejaba en un todo el significado que deseaba darle la Comisión. No se hace referencia a los artículos 11 y 12 puesto que éstos se ocupan únicamente de los derechos de los accionistas.

Tercera parte

RECURSOS INTERNOS

Artículo 14

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 proyecto de artículo 8 antes que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16.

2. Por "recursos internos" se entiende los recursos legales que puede interponer una persona lesionada ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca.

Comentario

1) El artículo 14 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 internacional consuetudinario"¹⁵⁵ y por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Elettronica Sicula (ELSI)*, como "importante principio de derecho internacional

¹⁵⁵ *Interhandel case (Switzerland v. United States of America)*, objeciones preliminares, *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6, especialmente pág. 27.

consuetudinario"¹⁵⁶. 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"¹⁵⁷. 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 doctrina¹⁵⁸.

2) Tanto las personas naturales 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 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.

4) La expresión "todos los recursos internos" debe interpretarse en relación con el artículo 16, 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

¹⁵⁶ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentencia, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente pág. 42, párr. 50.

¹⁵⁷ *Asunto Interhandel, I.C.J. Reports 1959*, pág. 6, especialmente pág. 27.

¹⁵⁸ 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; comentario del 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.

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 efectivas¹⁵⁹, 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 agotarse¹⁶⁰. 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. Aun si no existe el derecho de apelación a un tribunal superior, pero éste tiene la facultad discrecional de autorizar la apelación, el nacional extranjero deberá solicitar la autorización para interponer un recurso ante ese tribunal¹⁶¹. 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 extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente"¹⁶².

¹⁵⁹ 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)*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente págs. 46 a 48 (párrs. 59 a 63).

¹⁶⁰ En el asunto *Ambatielos*, de 6 de marzo de 1956, el tribunal arbitral declaró que "se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno": *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 83, especialmente pág. 120. Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), segunda edición.

¹⁶¹ Esto incluiría el recurso de *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹⁶² *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, Application No. 343/57, (1958-1959) *2 Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 412, especialmente pág. 438 (en relación con las

6) Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo está obligado a agotar los recursos que pueden llevar a una decisión vinculante. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de su poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia¹⁶³ ni aquellos "cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho"¹⁶⁴. Las peticiones de indulto y el recurso a un *ombudsman* generalmente pertenecen a esta categoría¹⁶⁵.

7) Para fundar convenientemente una reclamación internacional en el motivo de que se han agotado los recursos internos, el litigante extranjero debe plantear los argumentos básicos 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."¹⁶⁶

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

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 el asunto *Lawless*, Application No. 332/57 (1958-1959), *2 Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 308, especialmente págs. 318 a 322.

¹⁶³ *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.

¹⁶⁴ *De Becker v. Belgium*, Application No. 214/56 (1958-1959), *2 Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 214, especialmente pág. 238.

¹⁶⁵ Véase *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 31 de marzo de 2004, párrs. 135 a 143.

¹⁶⁶ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente párr. 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."¹⁶⁷

8) 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 internos¹⁶⁸. 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 interno¹⁶⁹.

Artículo 15

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 proyecto de artículo 8.

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 nacional¹⁷⁰. 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.

¹⁶⁷ *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, especialmente pág. 1502.

¹⁶⁸ *Ambatielos claim, U.N.R.I.A.*, vol. XII, pág. 83, especialmente pág. 120.

¹⁶⁹ D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, pág. 1059.

¹⁷⁰ Esto concuerda con el principio expuesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *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": *P.C.I.J., Series A, 1924, N° 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*¹⁷¹, 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*¹⁷², 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]."¹⁷³

¹⁷¹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (United States v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3. Véase también *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004, párr. 40, en que la Corte Internacional consideró que México había sido lesionado directamente al haber sufrido un perjuicio sus nacionales en virtud del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

¹⁷² *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6.

¹⁷³ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 28.

Muy próximo al criterio de la preponderancia, el criterio de la condición *sine qua non*, o "a falta de", según el cual hay que preguntarse si la reclamación que comprende elementos de perjuicio 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 vista de eso, la Comisión ha preferido 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 diplomático¹⁷⁴ o un bien del Estado¹⁷⁵, 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 15 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 internos¹⁷⁶, hay casos en que se ha exigido a un Estado que

¹⁷⁴ *Hostages case, I.C.J. Reports 1980*, pág. 3.

¹⁷⁵ *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, fondo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 4.

¹⁷⁶ Asunto relativo al *Air Services Agreement of 27 March between the United States of America and France*, decisión de 9 de diciembre de 1978, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, 415; *Applicability of*

agote los recursos internos cuando pedía una sentencia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional del Estado demandante¹⁷⁷. El artículo 15 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 16

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 cuya responsabilidad se invoca;
- c) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, o de otro modo, dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos;
- d) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.

the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement, I.C.J. Reports 1988, pág. 29, párr. 41.

¹⁷⁷ Véase el asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, págs. 28 y 29; y el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 43.

Comentario

1) El artículo 16 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.

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*¹⁷⁸, pero decidió que ese criterio fijaba un umbral demasiado alto. En cambio, la Comisión estimó que el criterio de la "falta de perspectiva razonable de éxito", aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones¹⁷⁹, era demasiado generoso para el demandante. En consecuencia, prefirió la tercera

¹⁷⁸ 3 *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, especialmente pág. 1504.

¹⁷⁹ *Retimag S.A. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 712/60, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 385, especialmente pág. 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, especialmente pág. 74. Véase también el comentario al artículo 22 del

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*¹⁸⁰ y es apoyado por una parte de la doctrina¹⁸¹. 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 trate¹⁸²; cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no sea examinada por el tribunal interno¹⁸³; cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia¹⁸⁴; cuando haya una serie constante y bien establecida de precedentes contrarios al extranjero¹⁸⁵; cuando los tribunales internos no ofrezcan

proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura: *Anuario...*, 1977, vol. II (Segunda parte), pág. 47, párr. 48.

¹⁸⁰ Certain Norwegian Loans (*France v. Norway*), *I.C.J. Reports 1957*, pág. 9, especialmente pág. 39.

¹⁸¹ Véase el tercer informe sobre la protección diplomática, de 2002 (A/CN.4/523 y Add.1), párr. 35.

¹⁸² Asunto *Panevežys-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Series A/B, 1939*, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 18, *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, recogido en *28 A.J.I.L. 1934*, pág. 760, especialmente pág. 789; R. Gelbtrunk, "Salvador Commercial Co." y otros, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 467, especialmente págs. 476 y 477; "The Lottie May" Incident (Arbitraje entre Honduras y el Reino Unido de 18 de abril de 1899), *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 29, especialmente pág. 31; voto particular del magistrado Lauterpacht en el asunto de los *Empréstitos noruegos*, *I.C.J. Reports 1957*, págs. 39 y 40; y *Finnish Ships Arbitration* *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1535.

¹⁸³ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *28 A.J.I.L. 1934*, pág. 789. Véase también *Affaire des Forêts de Rhodope Central*, fondo, 1933, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1405; reclamación *Ambatielos*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 119; y asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, pág. 28.

¹⁸⁴ *Robert E. Brown Claim*, de 23 de noviembre de 1923, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 120; asunto *Velásquez Rodríguez*, *28 I.L.M. 1989*, pág. 291, especialmente págs. 304 a 309.

¹⁸⁵ Asunto *Panevežyls-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Series A/B, 1939*, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 18; "S.S. *Lisman*", 1937, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1769, especialmente

al extranjero una vía de recurso apropiada y suficiente¹⁸⁶; o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de protección judicial¹⁸⁷.

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 fundada¹⁸⁸.

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 codificación¹⁸⁹, los instrumentos y prácticas

pág. 1773; "*S.S. Segurança*", 1939, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1861, especialmente pág. 1868; *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, especialmente pág. 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, especialmente pág. 344; y *X. v. Austria*, 1960, *3 Yearbook of the European Convention on Human Rights*, pág. 196, especialmente pág. 202.

¹⁸⁶ *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, págs. 1496 y 1497; asunto *Velásquez Rodríguez*, 1989, 28 *I.L.M.*, págs. 304 a 309; *Yağci and Sargin v. Turkey*, sentencia de 8 de junio de 1995, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 319, pág. 3, especialmente pág. 17, párr. 42; *Hornsby v. Greece*, sentencia de 19 de marzo de 1997, 1997-II, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 33, pág. 495, especialmente pág. 509, párr. 37.

¹⁸⁷ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 de abril de 1997, 107 *I.L.R.*, pág. 457, especialmente pág. 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 I A Com HR 1987/88*.

¹⁸⁸ *Finnish Ships Arbitration*, 3 *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1504; reclamación *Ambatielos* 12 *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, págs. 119 y 120.

¹⁸⁹ Véase el análisis de los primeros intentos de codificación por F. V. García Amador en su primer informe, *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 171, especialmente págs. 219 a 222; art. 19, 2) del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados

de derechos humanos¹⁹⁰, las decisiones judiciales¹⁹¹ 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."¹⁹²

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 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 16, según la cual no habrán de agotarse los recursos internos cuando "no ofrezcan

a los extranjeros, preparado en 1960 por Harvard Research on International Law y reproducido en 55 *A.J.I.L.* 1961, pág. 545, especialmente pág. 577.

¹⁹⁰ 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, especialmente pág. 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, especialmente pág. 15.

¹⁹¹ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, decisión N° 55 de 18 de junio de 1931, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V; pág. 191, especialmente pág. 198. *Administration of the Prince von Pless*, *P.C.I.J. Series A/B*, 1933, N° 52, pág. 11, especialmente pág. 16.

¹⁹² *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, especialmente pág. 198.

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 Estado¹⁹³. 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 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

¹⁹³ Véase Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), pág. 169; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", 35 *B.Y.I.L.* 1959, pág. 83, especialmente pág. 94.

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 *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*¹⁹⁴ y *Salem*¹⁹⁵, en otros asuntos¹⁹⁶, 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 asunto de los *Empréstitos noruegos*¹⁹⁷ como en el asunto del *Incidente aéreo (Israel c. Bulgaria)*¹⁹⁸ se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la Corte Internacional de

¹⁹⁴ 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", *I.C.J. Reports 1959*, especialmente pág. 27. La cursiva es añadida.

¹⁹⁵ En el asunto *Salem*, 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", *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1165, especialmente pág. 1202.

¹⁹⁶ *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1504; reclamación *Ambatielos*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 99.

¹⁹⁷ Alegaciones orales de Francia, *I.C.J. Pleadings 1957*, vol. I, pág. 408.

¹⁹⁸ *Case concerning the Aerial incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, objeciones preliminares, alegaciones orales de Israel, *I.C.J. Pleadings 1959*, págs. 531 y 532.

Justicia adoptó una decisión al respecto. En el asunto de la *Fundición de Trail*¹⁹⁹, 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 otros²⁰⁰, en que se prescindió de los recursos internos por no haber 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, 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.

¹⁹⁹ 1935, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905.

²⁰⁰ Asunto *Virginus*, recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, pág. 895, especialmente pág. 903; y asunto *Jessie*, recogido en 16 *A.J.I.L.* 1922, págs. 114 a 116.

11) La segunda parte del apartado c) tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir de la necesidad de agotar 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 regla 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, aun de modo tácito."²⁰¹

²⁰¹ Asunto del *Gobierno de Costa Rica* (Asunto de *Viviana Gallardo y otras*), de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 67 *I.L.R.* pág. 578, especialmente pág. 587, párr. 26. Véase asimismo 20 *ILM* (1981), pág. 1057. Véase también el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 42, párr. 50 y los asuntos *De Wilde, Ooms y Versyp* ("*Belgian vagrancy cases*"), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1971, 56 *I.L.R.*, pág. 337, especialmente pág. 370, párr. 55.

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."²⁰²

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 acogida²⁰³.

²⁰² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

²⁰³ Asunto del *Gobierno de Costa Rica*, 67 *I.L.R.* 140, pág. 587, párr. 26; "*Belgian vagrancy cases*", 56 *I.L.R.* 140, pág. 370, párr. 55.

15) No se puede interpretar con demasiada facilidad que haya una renuncia tácita al agotamiento de los recursos internos. En el asunto de la sociedad *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."²⁰⁴

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 jurisprudencia²⁰⁵ como por la doctrina. No es posible enunciar una norma general que establezca los 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"²⁰⁶. La Sala de la Corte Internacional de Justicia confirmó en el asunto de la sociedad *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o tácita en un caso de esa índole²⁰⁷. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de

²⁰⁴ *I.C.J. Reports 1989*, especialmente pág. 42, párr. 50.

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross v. Polish State*, de 30 de marzo de 1928, 1927-1928, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, pág. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Laudo N° 93-2-3, (1983) 4 *Iran-US CTR*, pág. 96.

²⁰⁶ F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", 42 *B.Y.I.L.* 1967, pág. 1, especialmente pág. 32.

²⁰⁷ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15. En el asunto *Panevežys-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; *P.C.I.J. Series A/B, 1939*, N° 76, pág. 19, (como sostuvo el magistrado van Eysinga en su voto particular disconforme, *ibíd.*, págs. 35 y 36).

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 apoyo²⁰⁸, 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.

Cuarta parte

DISPOSICIONES VARIAS

Artículo 17

Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática que han venido desarrollándose a lo largo de varios siglos y los principios más recientes que rigen la

²⁰⁸ Véase el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, especialmente pág. 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo de 30 de noviembre de 1992 (Tribunal arbitral), 102 *I.L.R.*, pág. 216, especialmente pág. 285, párr. 6.33; *Foti and others*, sentencia de 10 de diciembre de 1982 (fondo), 71 *I.L.R.*, pág. 366, especialmente pág. 380, párr. 46.

protección de los derechos humanos se complementan y, en última instancia, tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos²⁰⁹. Por lo tanto, los presentes artículos no tienen por objeto excluir ni dejar sin efecto el derecho de los Estados, bien el Estado de la nacionalidad o bien Estados que no son el Estado de la nacionalidad de una persona lesionada, a proteger a esa persona en virtud del derecho internacional consuetudinario, o un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos o de cualquier otro tratado. Tampoco tienen por objeto obstaculizar el derecho de las personas naturales o de otras entidades, como las organizaciones no gubernamentales, a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

2) Un Estado puede proteger a una persona que no es nacional suyo frente al Estado de la nacionalidad de una persona lesionada o frente a un tercer Estado en el marco del procedimiento entre Estados establecido a tenor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁰, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²¹¹, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹², la Convención Europea sobre Derechos Humanos²¹³, la Convención Americana de Derechos Humanos²¹⁴, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²¹⁵. Las mismas convenciones permiten que un Estado proteja a sus propios nacionales en el marco de procedimientos interestatales. Además, el derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados a proteger los derechos de no nacionales mediante protesta, negociación y, si un

²⁰⁹ Véase el primer informe sobre la protección diplomática, de 7 de marzo de 2000, A/CN.4/506, especialmente párrs. 22 a 32.

²¹⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 41.

²¹¹ Art. 11.

²¹² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85, art. 21.

²¹³ Art. 24.

²¹⁴ Art. 45.

²¹⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, pág. 217, arts. 47 a 54.

instrumento jurisdiccional lo permite, en el marco de un procedimiento judicial. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos del *África Sudoccidental*²¹⁶ de 1966, a tenor de la cual un Estado no podría incoar un procedimiento judicial para proteger los derechos de no nacionales, se considera hoy no ajustada a derecho y fue repudiada expresamente por la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado²¹⁷. Además, el artículo 48 de ese proyecto de artículos autoriza a un Estado que no sea un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto²¹⁸.

3) El individuo también puede ejercitar derechos y recursos para protegerse frente al Estado autor del hecho lesivo, sea su Estado de la nacionalidad u otro Estado, a tenor de lo dispuesto en las convenciones internacionales de derechos humanos. Ese ejercicio suele adoptar la forma de una petición dirigida a un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos²¹⁹. En el derecho internacional, también pueden surgir derechos individuales fuera del marco de los derechos humanos. En el asunto *La Grand*, la Corte Internacional de Justicia determinó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares "crea derechos individuales que, en virtud del artículo 1 del Protocolo de firma facultativa, pueden ser invocados ante la Corte por Estado del que la persona detenida es nacional"²²⁰; en el asunto *Avena* la Corte señaló además "que toda violación de los derechos de que es titular el individuo en virtud del artículo 36 puede dar lugar a una violación de los derechos del Estado que envía, y que toda

²¹⁶ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Segunda fase, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6.

²¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, comentario al artículo 48, nota de pie de página 766.

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ Véase, por ejemplo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171; el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

²²⁰ *La Grand (Germany v. United States of America)*, Fondo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, especialmente pág. 494, párr. 77.

violación de los derechos de éste puede dar lugar a una violación de los derechos del individuo"²²¹. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado se incluyó una cláusula de salvaguardia -el artículo 33- para tener en cuenta esta evolución del derecho internacional²²².

4) Entre las acciones o procedimientos a que se refiere el artículo 17 se encuentran los que ofrecen tanto los tratados de derechos humanos de ámbito universal y regional como cualquier otro tipo de tratado pertinente, por ejemplo diversos tratados sobre la protección de las inversiones. Sin embargo, el artículo 17 no se refiere a las vías de recurso internas.

5) Este proyecto de artículo concierne principalmente a la protección de los derechos humanos por medios distintos de la protección diplomática. Con todo, abarca también los derechos de los Estados, las personas naturales y otras entidades conferidos por tratados y normas consuetudinarias en relación con otras materias, como la protección de las inversiones extranjeras. análogamente, el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos que se puedan invocar a tenor de procedimientos distintos de la protección diplomática.

6) El artículo 17 deja bien sentado que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tengan los Estados, las personas naturales u otras entidades a obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito mediante procedimientos distintos de la protección diplomática. No obstante, un Estado, cuando recurre a esos procedimientos, no abandona su derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona si ésta tiene su nacionalidad²²³.

²²¹ *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentencia de 31 de marzo de 2004, pág. 26, párr. 40.

²²² Este artículo dice: "La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 76.

²²³ En el asunto *Selmouni c. Francia*, demanda N° 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999, ECHR, 1999-V, pág. 149, los Países Bajos intervinieron para apoyar la demanda individual interpuesta por uno de sus nacionales contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos

7) Un miembro de la Comisión opinó que los recursos ejercitados a tenor de tratados de derechos humanos eran *lex specialis* y que tenían prioridad respecto de los recursos ejercitados en virtud de la protección diplomática. Algunos miembros de la Comisión también expresaron la opinión de que habría que refundir el texto de los artículos 17 y 18.

Artículo 18

Disposiciones especiales de tratados

Los presentes artículos no se aplican en los casos y en la medida en que sean incompatibles con disposiciones especiales de tratados, incluidas las relativas a la solución de controversias entre sociedades o los accionistas de una sociedad y Estados.

Comentario

1) Las inversiones extranjeras se encuentran reguladas y protegidas por los tratados bilaterales sobre inversiones²²⁴. En los últimos años ha crecido considerablemente el número de esos tratados bilaterales. Hoy se estima que hay en vigor cerca de 2.000 acuerdos de ese tipo. Una característica importante de esos tratados es el procedimiento de solución de las controversias en materia de inversiones. Algunos de ellos permiten dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre el inversor y el Estado receptor sometiéndola, bien a un tribunal especial, o bien a un tribunal establecido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a tenor del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados²²⁵. Otros prevén resolver las controversias sobre inversiones por medio de un arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (sociedad o accionista) y el Estado receptor acerca de la interpretación o la aplicación de la disposición pertinente del tratado bilateral sobre inversiones de que se trate. Los procedimientos de solución de controversias establecidos en los tratados bilaterales sobre inversiones y en el Convenio del CIADI ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el

Humanos. Eso no habría impedido a los Países Bajos formular una reclamación en ejercicio de su protección diplomática en favor de la persona lesionada, si así lo hubiera decidido.

²²⁴ Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 a 47, párr. 90.

²²⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

sistema de la protección diplomática regido por el derecho internacional consuetudinario, ya que le proporcionan acceso directo al arbitraje internacional y permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter idscrecional de la protección diplomática.

- 2) El recurso a los procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones o en el Convenio del CIADI excluye en la mayoría de los casos la protección diplomática²²⁶.
- 3) El artículo 18 indica claramente que los presentes artículos no se aplican al régimen especial alternativo de protección de los inversores extranjeros establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. No obstante, reconoce que algunos tratados no excluyen totalmente el recurso a la protección diplomática. Por eso el texto de la disposición dice que los artículos no se aplican "*en los casos y en la medida en que*" sean incompatibles con las disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que sean compatibles con el tratado de que se trate, continúan aplicándose.

Artículo 19

Tripulación de un buque

El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática en favor de ellos no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

Comentario

- 1) El artículo 19 tiene por objeto afirmar el derecho del Estado o los Estados de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática

²²⁶ El artículo 27 (1) del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados dispone lo siguiente: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".

en favor de ellos, y reconocer al mismo tiempo que el Estado de la nacionalidad del buque tiene también derecho a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de su nacionalidad, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito. Ha sido necesario afirmar el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática en favor de los miembros de la tripulación de un buque para excluir totalmente la idea de que ese derecho quedaba sustituido por el del Estado de la nacionalidad del buque. Al mismo tiempo, es preciso reconocer el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación. Aunque ello no se puede considerar protección diplomática a falta del vínculo de la nacionalidad entre el Estado del pabellón del buque y los miembros de su tripulación presenta con todo una gran semejanza con dicha institución.

2) La tesis de que el Estado de la nacionalidad de un buque (el Estado del pabellón) puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina²²⁷. También hay consideraciones de orden práctico a favor de esa tesis.

3) La práctica de los Estados proviene fundamentalmente de los Estados Unidos de América. En el derecho de los Estados Unidos, se ha reconocido tradicionalmente a la gente de mar extranjera el derecho a la protección de los Estados Unidos durante su servicio a bordo de buques estadounidenses. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, desde que un marinero se enrolaba en un buque, la única nacionalidad pertinente era la del Estado del pabellón²²⁸. Este estatuto singular de los extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses fue reafirmado tradicionalmente en las comunicaciones diplomáticas y los reglamentos consulares de los Estados Unidos²²⁹. No obstante, los propios Estados Unidos, en una comunicación a la

²²⁷ H. Myers, *The Nationality of Ships* (1967), págs. 90 a 108; R. Dolzer, "Diplomatic Protection of Foreign Nationals", en *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, pág. 1068; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed. (2003), pág. 460.

²²⁸ *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

²²⁹ G. H. Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol. 3, pág. 418, vol. 4, págs. 883 y 884.

Comisión con fecha de 20 de mayo de 2003²³⁰, ponen en duda que esta práctica constituya la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria.

4) Los laudos arbitrales internacionales no son concluyentes en cuanto al derecho de un Estado a hacer extensiva su protección diplomática a la gente de mar que no tenga su nacionalidad, pero tienden a inclinarse más bien a favor que en contra. En *McCready (Estados Unidos) c. México*, el árbitro Sir Edward Thornton sostuvo que "la gente de mar que preste sus servicios en la armada o la marina mercante bajo un pabellón que no sea el suyo tiene derecho, durante la duración de ese servicio, a la protección del pabellón bajo el que sirve"²³¹. En el asunto *I'm Alone*²³², que tuvo su origen en el hundimiento de una nave canadiense por un buque guardacostas de los Estados Unidos, el Gobierno del Canadá reclamó con éxito indemnización en nombre de tres miembros de la tripulación que no eran nacionales suyos, alegando que, cuando la reclamación se formulaba en favor de un buque, había que considerar, a los efectos de la reclamación, que los miembros de la tripulación tenían la misma nacionalidad que el buque. En la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Reparación por daños*, dos magistrados, en sus votos particulares, reconocieron el derecho de un Estado a ejercer la protección en nombre de miembros extranjeros de la tripulación²³³.

5) En 1999, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar dictó una decisión en el *asunto del buque "Saiga" (Nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea)*²³⁴ que sostiene, aunque no sin ambigüedad, el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación. El litigio se había planteado en este caso por el apresamiento e

²³⁰ Esa comunicación se encuentra en los archivos de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. La comunicación de los Estados Unidos se basa en gran medida en un artículo crítico de Arthur Watts, "The Protection of Alien Seamen", 7 *I.C.L.Q.* (1958), pág. 691.

²³¹ J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, pág. 2536.

²³² 29 *A.J.I.L.* (1935) 326.

²³³ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, especialmente págs. 202 y 203 (magistrado Hackworth) y las págs. 206 y 207 (magistrado Badawi Pasha).

²³⁴ Sentencia, *I.T.L.O.S. Reports 1999*, pág. 10.

inmovilización del *Saiga* por Guinea cuando el buque estaba abasteciendo de combustible a barcos de pesca frente a la costa de Guinea. El *Saiga* estaba matriculado en San Vicente y las Granadinas ("San Vicente") y su capitán y tripulación eran nacionales de Ucrania. En el momento del apresamiento había también a bordo tres trabajadores senegaleses. Después del apresamiento del buque, Guinea lo inmovilizó y mantuvo en prisión preventiva a su tripulación. En el procedimiento incoado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Guinea impugnó la admisibilidad de la demanda de San Vicente aduciendo, entre otras cosas, que los miembros de la tripulación lesionados no eran nacionales de San Vicente. El Tribunal desestimó las excepciones de inadmisibilidad de la demanda y falló que Guinea había violado los derechos de San Vicente al apresar e inmovilizar el buque y al mantener a la tripulación en prisión preventiva. Ordenó a Guinea que pagara una indemnización a San Vicente en reparación de los daños causados al *Saiga* y del perjuicio sufrido por la tripulación.

6) Aunque el Tribunal consideró que el litigio versaba fundamentalmente sobre un perjuicio causado directamente a San Vicente²³⁵, de su razonamiento se puede inferir que también abordó la cuestión como algo afín a la protección diplomática. Guinea se opuso claramente a la admisibilidad de la demanda respecto de la tripulación alegando que constituía un ejercicio de la protección diplomática a favor de personas que no eran nacionales de San Vicente²³⁶. San Vicente, con igual claridad, sostuvo que le asistía el derecho de proteger a la tripulación de un buque que enarbolaba su pabellón, "independientemente de su nacionalidad"²³⁷. Al desestimar la excepción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar²³⁸, en varias disposiciones pertinentes, entre ellas el artículo 292, no distinguía entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón²³⁹. Subrayó que "el buque, todas las cosas que en él se encuentran y todas las personas implicadas o interesadas en su explotación son

²³⁵ *Ibíd.*, párr. 98.

²³⁶ *Ibíd.*, párr. 103.

²³⁷ *Ibíd.*, párr. 104.

²³⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3.

²³⁹ *Supra* nota 234, párr. 105.

consideradas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no es pertinente"²⁴⁰.

7) Hay razones prácticas que abogan de modo convincente por que se permita al Estado del pabellón exigir reparación en favor de la tripulación del buque. Así lo reconoció el Tribunal del Derecho del Mar en el asunto del *Saiga* cuando destacó "la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques" y dijo que los buques de gran tonelaje "podían tener una tripulación compuesta de personas de nacionalidades diversas. Si cada una de las personas que hubiera sufrido un perjuicio estuviera obligada a recabar la protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas"²⁴¹. No deben pasarse por alto las consideraciones prácticas relativas a la formulación de las reclamaciones. Es mucho más fácil y eficiente que un Estado exija reparación en nombre de todos los miembros de la tripulación que obligar a los Estados de la nacionalidad de todos los miembros de la tripulación a formular por separado reclamaciones en nombre de sus nacionales.

8) El derecho del Estado del pabellón a exigir reparación a favor de la tripulación del buque cuenta con un apoyo importante y justificado. No puede, con todo, calificarse de protección diplomática, como tampoco debería considerarse que la ha sustituido. A juicio de la Comisión, tanto la protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad como el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación a favor de la tripulación deberían reconocerse sin otorgar prioridad ni a una ni al otro. Las tripulaciones de buques están expuestas con frecuencia a dificultades emanadas del Estado del pabellón, en forma de malas condiciones de trabajo, o de terceros Estados, en caso de apresamiento del buque. En estos casos deberían gozar de la máxima protección que pueda ofrecerles el derecho internacional.

²⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 106.

²⁴¹ *Ibíd.*, párr. 107.

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A. Introducción

61. 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 plazo²⁴². 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".

62. 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 informe²⁴³, el Grupo de Trabajo estudió someramente el alcance del tema, las relaciones sobre 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 Trabajo²⁴⁴.

²⁴² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10), cap. IX, sec. A, párr. 729.*

²⁴³ *Ibíd.*, cap. VII, sec. C, párrs. 465 a 488.

²⁴⁴ *Ibíd.*, cap. VII, sec. B, párr. 464.

63. En su 55º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial²⁴⁵, en el que éste proponía tres artículos, los artículos 1 a 3, que versaban sobre el ámbito del proyecto de artículos, los términos empleados y los principios generales. En ese mismo período de sesiones, la Comisión examinó esos artículos y los remitió al Comité de Redacción. En su 2776ª sesión, celebrada el 16 de julio de 2003, la Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1, 2 y 3.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

64. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/541).

65. En su segundo informe, el Relator Especial trataba de la atribución de un comportamiento a una organización internacional, cuestión sobre la que proponía cuatro proyectos de artículo: el artículo 4, "Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional"²⁴⁶, el artículo 5, "Comportamiento de los órganos puestos a disposición de una

²⁴⁵ Documento A/CN.4/532.

²⁴⁶ El proyecto de artículo 4 decía lo siguiente:

Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

1. El comportamiento de un órgano de una organización internacional, de uno de sus funcionarios o de otra persona a la que se haya encomendado parte de las funciones de la organización se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición que el órgano, el funcionario o la persona ocupe en la estructura de la organización.

2. Los órganos, los funcionarios o las personas a que se refiere el párrafo precedente son los que se designen como tales en las reglas de la organización.

3. A los efectos del presente artículo, se entiende por "reglas de la organización" en particular los instrumentos constitutivos, [las decisiones y resoluciones] [los actos de la organización] adoptados de conformidad con ellos, y la práctica [establecida] [generalmente aceptada] de la organización.

organización internacional por un Estado u otra organización internacional"²⁴⁷, el artículo 6, "Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones"²⁴⁸, y el artículo 7, "Comportamiento que la organización internacional reconoce y adopta como propio"²⁴⁹. Los artículos correspondían al capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Si bien ese capítulo incluía ocho artículos sobre la cuestión de la atribución del comportamiento, la misma cuestión en el caso de las organizaciones internacionales sólo necesitaba cuatro. El Relator Especial hacía observar que, si bien algunas de las cuestiones relativas a la atribución de un comportamiento a un Estado tenían una aplicación equivalente o similar en lo referente a la atribución de un

²⁴⁷ El proyecto de artículo 5 decía lo siguiente:

**Comportamiento de los órganos puestos a disposición de una
organización internacional por un Estado u otra
organización internacional**

El comportamiento de un órgano de un Estado o una organización internacional que haya sido puesto a disposición de otra organización internacional para desempeñar una de las funciones de ésta se considerará, según el derecho internacional, hecho de esa organización en la medida en que la organización ejerza un control efectivo sobre el comportamiento del órgano.

²⁴⁸ El proyecto de artículo 6 decía lo siguiente:

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano, de un funcionario o de otra persona a la que se haya encomendado parte de las funciones de la organización se considerará hecho de la organización según el derecho internacional si tal órgano, funcionario o persona actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga a sus instrucciones.

²⁴⁹ El proyecto de artículo 7 decía lo siguiente:

**Comportamiento que la organización internacional
reconoce y adopta como propio**

El comportamiento que no sea atribuible a la organización internacional en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de esa organización internacional según el derecho internacional en el caso y en la medida en que la organización reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

comportamiento a una organización internacional, otras eran propias de los Estados o sólo podían aplicarse a una organización internacional en casos excepcionales.

66. El Relator Especial señalaba también que la Secretaría, atendiendo a las recomendaciones de la Comisión²⁵⁰, había distribuido el capítulo correspondiente del informe de la Comisión a organizaciones internacionales pidiéndoles que hiciesen observaciones y proporcionasen a la Comisión toda la información pertinente de que dispusieran. En el párrafo 5 de su resolución 58/77, aprobada el 9 de diciembre de 2003, la Asamblea General había formulado una petición similar. La resolución también invitaba a los Estados a que proporcionaran información sobre su práctica en esta materia. El Relator Especial decía que, salvo algunas excepciones dignas de mención, las respuestas aportadas habían añadido poco al material ya publicado. El Relator Especial expresaba la esperanza de que la continuación del debate en la Comisión alentase a las organizaciones internacionales a aportar nuevas contribuciones, de forma que el estudio de la Comisión pudiera ajustarse mejor a la práctica y, por tanto, ser más útil.

67. La Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2800^a a 2803^a, celebradas del 18 al 25 de mayo de 2004.

68. En su 2803^a sesión, el 25 de mayo de 2004, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 4 a 7.

69. La Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 4 a 7 en su 2810^a sesión, el 4 de junio de 2004 (véase *infra* sec. C.1).

70. En sus sesiones 2826^a y 2827^a, celebradas el 3 de agosto de 2004, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo antes mencionados (véase *infra* sec. C.2).

²⁵⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10, y corrección (A/57/10 y Corr.1), cap. VIII, párrs. 464 y 488 e ibíd., quincuagésimo octavo período de sesiones (A/58/10), cap. IV, párr. 52.*

**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

71. El texto de los proyectos de artículo aprobados hasta ahora por la Comisión se reproduce a continuación.

**RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES**

Artículo 1²⁵¹

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 2²⁵²

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.

²⁵¹ Por lo que respecta al comentario de este artículo, véase *ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones* (A/58/10), cap. IV, págs. 17 a 21.

²⁵² *Ibíd.*, págs. 21 a 29.

Artículo 3²⁵³

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.

Artículo 4²⁵⁴

Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

1. El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la organización.
2. A los efectos del párrafo 1, el término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa²⁵⁵.
3. Las reglas de la organización se aplicarán para la determinación de las funciones de sus órganos y agentes.
4. A los efectos del presente artículo, se entiende por "reglas de la organización", en particular, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización adoptados de conformidad con esos instrumentos y la práctica establecida de la organización²⁵⁶.

²⁵³ *Ibid.*, págs. 29 a 33.

²⁵⁴ Por lo que respecta al comentario, véase *infra* sec. C.2.

²⁵⁵ El lugar que ocupará el párrafo 2 se podrá volver a examinar más tarde con miras a reunir, llegado el caso, todas las definiciones en el artículo 2.

²⁵⁶ El lugar que ocupará el párrafo 4 se podrá volver a examinar más tarde con miras a reunir, llegado el caso, todas las definiciones en el artículo 2.

Artículo 5²⁵⁷

Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que haya sido puesto a disposición de otra organización internacional se considerará hecho de esta última organización según el derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento.

Artículo 6²⁵⁸

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional si tal órgano o agente actúa en esa condición, aunque ese comportamiento exceda de la competencia del órgano o agente o contravenga a sus instrucciones.

Artículo 7²⁵⁹

Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible a una organización internacional en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de esa organización internacional según el derecho internacional en el caso y en la medida en que la organización reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes

72. A continuación se transcribe el texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 56^o período de sesiones.

²⁵⁷ Por lo que respecta al comentario, véase *infra* sec. C.2.

²⁵⁸ Por lo que respecta al comentario, véase *infra* sec. C.2.

²⁵⁹ Por lo que respecta al comentario, véase *infra* sec. C.2.

Atribución de un comportamiento a una organización internacional²⁶⁰

- 1) Según el párrafo 2 del artículo 3 del presente proyecto, la atribución de un comportamiento a una organización internacional es una condición para que se produzca un hecho internacionalmente ilícito de esa organización, siendo la otra que ese mismo comportamiento constituya una violación de una obligación que incumba según el derecho internacional a la organización internacional²⁶¹. Los siguientes artículos 4 a 7 versan sobre la cuestión de la atribución de un comportamiento a una organización internacional. Como se dice en el párrafo 2 del artículo 3, se entiende que el comportamiento puede consistir en una acción o una omisión.
- 2) Como se señalaba en el comentario al artículo 3, la responsabilidad de una organización internacional también puede existir, en determinados casos, cuando el comportamiento no es atribuible a esa organización internacional²⁶². En tales casos el comportamiento se atribuiría a un Estado o a otra organización internacional. En este último supuesto, las normas relativas a la atribución de un comportamiento a una organización internacional también son aplicables.
- 3) Al igual que los artículos 4 a 11 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁶³, los artículos 4 a 7 del presente proyecto tratan de la atribución de un comportamiento y no de la atribución de la responsabilidad. En la práctica suele fijarse la atención sobre la atribución de responsabilidad, más que sobre la atribución de un comportamiento. Así ocurre también en varios instrumentos jurídicos. Por ejemplo, el anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, tras establecer que las organizaciones internacionales y sus Estados miembros deben declarar sus competencias respectivas en relación con las materias que rige la Convención, regula en el artículo 6 la cuestión de la atribución de la responsabilidad de la manera siguiente:

²⁶⁰ El título no ha sido aprobado todavía por el Comité de Redacción ni por la Comisión.

²⁶¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, pág. 29.

²⁶² *Ibid.*, párrafo 1) del comentario al artículo 3, pág. 29.

²⁶³ *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 63 a 113.

"La responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones establecidas en la Convención o por cualquier otra trasgresión de ésta incumbirá a las Partes que tengan competencia con arreglo al artículo 5 de este Anexo."²⁶⁴

Esto no implica necesariamente la atribución de un comportamiento a la parte responsable.

4) Aunque no ocurra muy a menudo en la práctica, no puede excluirse una atribución doble o incluso múltiple de un comportamiento. Por ejemplo, la atribución de cierto comportamiento a una organización internacional no significa que el mismo comportamiento no pueda atribuirse a un Estado y, a la inversa, la atribución de un comportamiento a un Estado no excluye la atribución del mismo comportamiento a una organización internacional. También cabe imaginar que un comportamiento se atribuya simultáneamente a dos o más organizaciones internacionales, por ejemplo, cuando esas organizaciones establecen un órgano común y actúan por medio de ese órgano.

5) Como se hizo en segunda lectura con respecto a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, los presentes artículos sólo establecen criterios positivos de atribución. No indican, pues, los supuestos en que un comportamiento no puede atribuirse a la organización. Por ejemplo, los artículos no dicen -limitándose a dar a entender- que el comportamiento de las fuerzas militares de Estados o de organizaciones internacionales no es atribuible a las Naciones Unidas cuando el Consejo de Seguridad autoriza a Estados o a organizaciones internacionales a tomar medidas fuera de la jerarquía de mando que vincula esas fuerzas con las Naciones Unidas. Este extremo, que difícilmente se presta a controversia, fue expuesto recientemente por el Director de la División de Administración y Logísticas de Actividades sobre el Terreno del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas en una carta dirigida al Representante Permanente de Bélgica ante las Naciones Unidas, en relación con una reclamación resultante de un accidente de automóvil ocurrido en Somalia, en los términos siguientes:

²⁶⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 371 y ss., especialmente pág. 542.

"Los contingentes de la UNITAF no se hallaban bajo el mando de las Naciones Unidas y la Organización se ha negado sistemáticamente a aceptar responsabilidades en todas las reclamaciones formuladas con respecto a incidentes en los que hubieran participado esos contingentes."²⁶⁵

6) En los artículos 4 a 7 del presente proyecto se trata la mayoría de las cuestiones que, en el caso de los Estados, se regulan en los artículos 4 a 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, en el presente proyecto no hay ningún texto que trate los aspectos a que se refieren los artículos 9 y 10 sobre la responsabilidad del Estado²⁶⁶, los cuales se refieren al comportamiento en caso de ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y al comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole, respectivamente. No es probable que se den estos supuestos en relación con las organizaciones internacionales, pues presuponen que la entidad a la que se atribuye el comportamiento ejerce su control sobre un territorio. Aunque pueden encontrarse algunos raros ejemplos de una organización internacional que administra un territorio²⁶⁷, la probabilidad de que se plantee en ese contexto alguna de las cuestiones antes mencionadas parece demasiado remota para justificar la inclusión de una disposición específica. Con todo, se entiende que, si a pesar de todo se plantease una cuestión de ese género con respecto a una organización internacional, habría que aplicar a ésta, por analogía, la norma generalmente aplicable a los Estados, o sea, el artículo 9 o el artículo 10 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

7) Al abordar las cuestiones de atribución de un comportamiento a una organización internacional, parte de la práctica las sitúa más bien en el contexto de la responsabilidad civil que

²⁶⁵ Carta sin publicar de 25 de junio de 1998.

²⁶⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 98 a 100.

²⁶⁷ Por ejemplo, en virtud de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de 10 de junio de 1999, por la que se autorizó "al Secretario General, con la asistencia de las organizaciones internacionales pertinentes, a establecer una presencia civil internacional en Kosovo a fin de estructurar una administración provisional para Kosovo [...]".

en el de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. Esa práctica, sin embargo, es pertinente a efectos de la atribución de un comportamiento según el derecho internacional cuando enuncia o aplica un criterio que no se considera válido únicamente para la cuestión concreta que se examina.

Artículo 4

Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

1. El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la organización.

2. A los efectos del párrafo 1, el término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa.

3. Las reglas de la organización se aplicarán para la determinación de las funciones de sus órganos y agentes.

4. A los efectos del presente artículo, se entiende por "reglas de la organización", en particular, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización adoptados de conformidad con esos instrumentos y la práctica establecida de la organización.

Comentario

1) Según el artículo 4 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁶⁸, la atribución de un comportamiento a un Estado descansa básicamente en la condición de "órgano del Estado" que caracteriza a la persona o entidad que actúa. Sin embargo, como puntualiza el comentario²⁶⁹, la atribución difícilmente puede depender del empleo de una terminología determinada en el derecho interno del Estado. Un razonamiento

²⁶⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 68.

²⁶⁹ *Ibíd.*, págs. 75 y 76.

similar vale con respecto al sistema jurídico correspondiente a las organizaciones internacionales.

2) Cabe señalar que, si bien algunas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas utilizan el término "órganos"²⁷⁰, la Corte Internacional de Justicia, al examinar la condición de las personas que actúan en nombre de las Naciones Unidas, sólo ha atribuido importancia al hecho de que un órgano de las Naciones Unidas haya conferido funciones a una persona. La Corte ha utilizado el término "agentes" y no da importancia al hecho de que esa persona haya tenido o no una condición oficial. En su opinión consultiva sobre la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la Corte observó que la cuestión abordada por la Asamblea General se refería a la capacidad de las Naciones Unidas para presentar una reclamación en caso de perjuicio causado a uno de sus agentes y dijo:

"La Corte entiende el término "agente" en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones, en resumen, toda persona por medio de la cual la Organización actúa."²⁷¹

Posteriormente, en la opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad del artículo VI, sección 22, de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas*, la Corte señaló que:

"En la práctica, de conformidad con la información facilitada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de encomendar misiones, cada vez de naturaleza más diversa, a personas que no tienen la condición de funcionario de la Organización."²⁷²

²⁷⁰ El Artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia a "órganos principales" y a "órganos subsidiarios". Este último término aparece también en los Artículos 22 y 30 de la Carta.

²⁷¹ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. Reports 1949, págs. 174 y ss., especialmente pág. 177.

²⁷² *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, I.C.J. Reports 1989, págs. 177 y ss., especialmente pág. 194, párr. 48.

En cuanto a los privilegios e inmunidades, la Corte dijo también en la misma opinión:

"La esencia de la cuestión no está en su situación administrativa, sino en la naturaleza de su misión."²⁷³

3) Más recientemente, en la opinión consultiva sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte señaló que:

"La cuestión de la inmunidad de jurisdicción es distinta de la cuestión de la reparación de todo perjuicio sufrido como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones oficiales."²⁷⁴

En la misma opinión la Corte abordó también brevemente la cuestión de la atribución del comportamiento y señaló que en el caso del:

"[...] perjuicio sufrido como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones oficiales [l]a Organización puede ciertamente verse obligada a soportar las consecuencias perjudiciales de tales actos."²⁷⁵

Así, pues, según la Corte, el comportamiento de las Naciones Unidas incluye, aparte del de sus órganos principales y subsidiarios, las acciones y omisiones de sus "agentes". Este término se refiere no sólo a los funcionarios, sino también a otras personas que actúan en nombre de las Naciones Unidas en el desempeño de funciones que les hayan sido asignadas por un órgano de la Organización.

4) Lo manifestado por la Corte Internacional de Justicia en relación con las Naciones Unidas es aplicable de manera más general a las organizaciones internacionales, la mayoría de las cuales

²⁷³ *Ibid.*, pág. 194, párr. 47.

²⁷⁴ *Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., especialmente pág. 88, párr. 66.

²⁷⁵ *Ibid.*, págs. 88 y 89, párr. 66.

actúa a través de sus órganos (se definan o no de esta manera) y de diversos agentes a los que se encomiendan funciones de la organización. Como se decía en la decisión del Consejo Federal Suizo de 30 de octubre de 1996:

"Por regla general, son atribuibles a una organización internacional las acciones y omisiones de sus órganos de cualquier rango y naturaleza y de sus agentes en el ejercicio de sus competencias."²⁷⁶

5) La distinción entre órganos y agentes no parece pertinente a los efectos de la atribución de un comportamiento a una organización internacional. El comportamiento tanto de los órganos como de los agentes es atribuible a la organización. Cuando unas personas o entidades son calificadas de órganos a tenor de las reglas de la organización, no cabe duda de que el comportamiento de esas personas o entidades debe atribuirse, en principio, a la organización. La categoría de los agentes es más escurridiza. Resulta útil, por consiguiente, dar una definición de los agentes a los efectos de la atribución. La definición que se da en el párrafo 2 se basa en el pasaje antes citado de la opinión consultiva sobre la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*²⁷⁷. Como dijo la Corte a la sazón, lo que importa para considerar a una persona como agente no es su condición de funcionario, sino el hecho de que sea una "persona por medio de la cual la organización actúa".

6) La naturaleza jurídica de una persona o entidad tampoco es decisiva para la atribución del comportamiento. Los órganos y agentes no son necesariamente personas naturales. Pueden ser personas jurídicas u otras entidades por medio de las cuales la organización realiza sus actividades. Por ello en el párrafo 2 se especifica que el término "agente" "comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa".

²⁷⁶ Traducción del original francés, que dice: "*En règle générale, sont imputables à une organisation internationale les actes et omissions de ses organes de tout rang et de toute nature et de ses agents dans l'exercice de leurs compétences*". Doc. VPB 61.75, publicado en el sitio del Consejo Federal Suizo en la Web.

²⁷⁷ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174.

7) La referencia, en el párrafo 1, al hecho de que el órgano o agente actúa "en el ejercicio de las funciones" que le incumben tiene por objeto indicar claramente que el comportamiento es atribuible a la organización internacional cuando el órgano o el agente ejerce las funciones que le han sido conferidas y, en cualquier caso, no le es atribuible cuando el órgano o el agente actúa a título privado. La cuestión de la atribución de un comportamiento *ultra vires* se trata en el artículo 6.

8) Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 4 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la atribución al Estado del comportamiento de un órgano tiene lugar "ya sea que [el órgano] ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado"²⁷⁸. Esta última característica sería difícilmente aplicable a una organización internacional. Los demás elementos pueden mantenerse, pero sería preferible una redacción más simple, habida cuenta, además, de que, si bien puede considerarse que todos los Estados ejercen todas las funciones mencionadas, las organizaciones varían enormemente de una a otra a ese respecto. Por ello, en el párrafo 1 se dice simplemente "cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la organización".

9) La organización internacional decide qué funciones se confieren a cada órgano o agente. Esto suele hacerse, como se indica en el párrafo 3, en virtud de las "reglas de la organización". El enunciado del párrafo 3, al no hacer de la aplicación de las reglas de la organización el único criterio, deja abierta la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, se considere que determinadas funciones han sido conferidas a un órgano o agente aun cuando no pueda decirse que esa asignación se basa en las reglas de la organización.

10) La definición de las "reglas de la organización" que figura en el párrafo 4 recoge en gran medida la que se incluyó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre

²⁷⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 64 y párrs. 6) y 7) del comentario correspondiente, págs. 70 a 72.

Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales²⁷⁹, de 1986. Salvo unos leves cambios de forma, la definición del párrafo 4 difiere de la que figura en la convención de codificación únicamente en que hace referencia, junto a las "decisiones" y "resoluciones", a "otros actos de la organización". Esta adición tiene por finalidad abarcar de manera más completa la gran variedad de actos que adoptan las organizaciones internacionales. A los efectos del artículo 4, esas decisiones, resoluciones y otros actos son pertinentes, independientemente de que se consideren vinculantes o no, en la medida en que confieren funciones a órganos o agentes de conformidad con los instrumentos constitutivos de la organización. Estos instrumentos se mencionan en plural, como en la redacción de la disposición modelo²⁸⁰, aunque lo más probable es que una organización dada sólo tenga un instrumento constitutivo.

11) Una característica importante de la definición de "reglas de la organización" enunciada en el artículo 4 es que concede un valor considerable a la práctica. La definición parece establecer un equilibrio entre las reglas consagradas en el instrumento constitutivo y formalmente aceptadas por los miembros, por una parte, y las necesidades de la organización de desarrollarse como institución, por otra. Como dijo la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*:

"Mientras que un Estado posee, en su totalidad, los derechos y obligaciones internacionales reconocidos por el derecho internacional, los derechos y obligaciones de una entidad como la Organización deben depender de los fines y funciones de ésta, enunciados o implícitos en su instrumento constitutivo y desarrollados en la práctica."²⁸¹

12) El artículo 5 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se refiere al "comportamiento de una persona o entidad [...] facultada

²⁷⁹ A/CONF.129/15. A tenor del apartado j) del párrafo 1 del artículo 2, "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".

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., especialmente pág. 180.

[...] para ejercer atribuciones del poder público"²⁸². Esta terminología no suele ser apropiada en el caso de las organizaciones internacionales. Habría que expresar de manera diferente el vínculo que una entidad puede mantener con una organización internacional. Resulta superfluo, sin embargo, incluir en los presentes artículos una disposición adicional para tener en cuenta a las personas o entidades que se hallan en una situación correspondiente a la que se prevé en el artículo 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el párrafo 2 se da del término "agente" una definición muy amplia que abarca suficientemente todas esas personas o entidades.

13) Se llega a una conclusión análoga con respecto a las personas o grupos de personas a que se refiere el artículo 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸³. Esa disposición trata de las personas o grupos de personas que actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado. Las personas o grupos de personas que actuasen siguiendo las instrucciones o bajo la dirección o el control de una organización internacional tendrían que considerarse como agentes de la organización a tenor de la definición que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 4. Como se señala en el párrafo 9) del presente comentario, en casos excepcionales podría considerarse, a los efectos de la atribución de un comportamiento, que se han confiado funciones de la organización a una persona o entidad, aun cuando ello no se haya hecho de conformidad con las reglas de la organización.

14) En los párrafos 2 y 4 se incluyen definiciones que se dan explícitamente a efectos del artículo 4, pero que tienen repercusiones más amplias. Por ejemplo, el término "agente" figura también en los artículos 5 y 6 y, a todas luces, conserva el mismo significado. Asimismo, las "reglas de la organización", aunque no se mencionan en los artículos 6 y 7, también son pertinentes, en cierta medida, a los efectos de esas disposiciones (véanse los párrafos 2) y 5) del comentario al artículo 6 y el párrafo 5) del comentario al artículo 7). Es posible que se haga

²⁸² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10),* pág. 78.

²⁸³ *Ibíd.*, pág. 91.

mención de los "agentes" o de las "reglas de la organización" en otros artículos del proyecto. Por ello quizá sea preferible trasladar, en una fase ulterior de la primera lectura, los actuales párrafos 2 y 4 del artículo 4 al artículo 2 ("Términos empleados")²⁸⁴, con los necesarios cambios de redacción.

Artículo 5

Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que haya sido puesto a disposición de otra organización internacional se considerará hecho de esta última organización según el derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento.

Comentario

1) Cuando se pone a disposición de una organización internacional un órgano de un Estado, ese órgano puede quedar plenamente adscrito a esa organización. En tal caso el comportamiento del órgano sería claramente atribuible sólo a la organización receptora. La misma consecuencia se aplicaría cuando un órgano o agente de una organización internacional es adscrito plenamente a otra organización. En estos casos se aplicaría la regla general enunciada en el artículo 4. El artículo 5 versa sobre un supuesto diferente, en el que el órgano o el agente prestado sigue actuando en cierta medida como órgano del Estado que envía o como órgano o agente de la organización que lo presta. Así ocurre, por ejemplo, con los contingentes militares que un Estado pone a disposición de las Naciones Unidas para una operación de mantenimiento de la paz, ya que el Estado conserva su potestad disciplinaria y su competencia penal respecto de los miembros del contingente nacional²⁸⁵. En este supuesto se plantea la cuestión de saber si un

²⁸⁴ *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, pág. 21.

²⁸⁵ Esta circunstancia en general queda especificada en el acuerdo que las Naciones Unidas celebra con el Estado contribuyente. Véase el informe del Secretario General (A/49/681), párr. 6.

comportamiento concreto del órgano o agente prestado debe atribuirse a la organización que lo recibe o al Estado u organización que prestan el órgano o agente.

2) El Estado o la organización que prestan un órgano o agente pueden celebrar un acuerdo con la organización a disposición de la cual ponen dicho agente u órgano. El acuerdo podrá indicar qué Estado u organización será responsable del comportamiento de ese órgano o agente. Por ejemplo, según el acuerdo tipo sobre las contribuciones a los contingentes militares puestos a disposición de las Naciones Unidas por uno de sus Estados Miembros, se tiene a la Organización por responsable para con los terceros, pero ésta tiene derecho a repetir contra el Estado que aporta los contingentes si "la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o a una falta intencional del personal proporcionado por el Gobierno"²⁸⁶. Al parecer el acuerdo se refiere únicamente a la asignación de responsabilidad y no a la atribución de un comportamiento. Sea como fuere, este tipo de acuerdo no es concluyente, ya que sólo regula las relaciones entre el Estado o la organización que aportan una contribución y la organización que la recibe y, por consiguiente, no puede tener por efecto privar a un tercero de cualquier derecho que le asista frente al Estado o la organización responsable en virtud de las normas generales.

3) El criterio de la atribución de un comportamiento bien al Estado o a la organización que aporta una contribución o bien a la organización que la recibe se basa, según el artículo 5, en el control que efectivamente se ejerce sobre el comportamiento concreto mostrado por el órgano o el agente puesto a disposición de la organización receptora. El artículo 6 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸⁷ se basa en un planteamiento similar, aunque con una formulación diferente. Según dicho artículo, lo que es decisivo es que el "órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra". Sin embargo, en el comentario al artículo 6 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se explica que, para que el comportamiento se atribuya al Estado receptor, el órgano debe actuar "bajo su exclusiva dirección y control, más

²⁸⁶ Artículo 9 del modelo de acuerdo de contribución (A/50/995, anexo; A/51/967, anexo).

²⁸⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10),* pág. 81.

bien que en cumplimiento de instrucciones del Estado que envía"²⁸⁸. De todos modos, la formulación del artículo 6 no puede repetirse aquí, porque la referencia al "ejercicio de atribuciones del poder público" no es apropiada en el caso de las organizaciones internacionales.

4) Por lo que respecta a los Estados, la existencia de un control se ha examinado principalmente en relación con la cuestión de si el comportamiento de personas o grupos de personas, en particular de fuerzas armadas irregulares, puede atribuirse a un Estado²⁸⁹. En el contexto de la puesta de un órgano o agente a disposición de una organización internacional, el control desempeña una función diferente. No se trata de saber si cierto comportamiento es atribuible al Estado o a una organización internacional, sino a qué entidad -el Estado o la organización que envía o la organización que recibe- debe atribuirse el comportamiento.

5) Las Naciones Unidas dan por supuesto que, en principio, tienen el control exclusivo del despliegue de los contingentes nacionales de una fuerza de mantenimiento de la paz.

Este supuesto llevó al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas a declarar:

"El hecho de una fuerza de mantenimiento de la paz, órgano subsidiario de las Naciones Unidas, es, en principio, imputable a la Organización, y si se comete en violación de una obligación internacional, entraña la responsabilidad internacional de la Organización y su obligación de indemnizar."²⁹⁰

Esa afirmación resume la práctica de las Naciones Unidas respecto de las operaciones de las Naciones Unidas en el Congo (ONUC)²⁹¹, la Fuerza de las Naciones Unidas para el

²⁸⁸ Párrafo 2) del comentario al artículo 6, *ibíd.*, pág. 81.

²⁸⁹ *Ibíd.*, págs. 91 a 97.

²⁹⁰ Carta no publicada de 3 de febrero de 2004 dirigida por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas al Director de la División de Codificación.

²⁹¹ Véanse los acuerdos de indemnización que celebraron las Naciones Unidas con Bélgica (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 535, pág. 191), Grecia (*ibíd.*, vol. 565, pág. 3), Italia (*ibíd.*, vol. 588, pág. 197), Luxemburgo (*ibíd.*, vol. 585, pág. 147) y Suiza (*ibíd.*, vol. 564, pág. 193).

Mantenimiento de la Paz en Chipre (UNFICYP)²⁹² y otras fuerzas de mantenimiento de la paz posteriores²⁹³.

6) La práctica con respecto a las fuerzas de mantenimiento de la paz es particularmente importante en el contexto presente, en vista del control que el Estado contribuyente conserva en materia disciplinaria y penal²⁹⁴. Esto puede tener consecuencias por lo que hace a la atribución del comportamiento. Por ejemplo, la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas adoptó la siguiente postura en cuanto a las obligaciones asumidas en virtud de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, de 1973²⁹⁵:

"Como la Convención atribuye la responsabilidad de hacer cumplir sus disposiciones a los Estados Partes y como los Estados que aportan contingentes mantienen la jurisdicción sobre los actos criminales de su personal militar, la responsabilidad de hacer cumplir las disposiciones de la Convención incumbe a esos Estados que aportan los contingentes y que son Partes en la Convención."²⁹⁶

La atribución de un comportamiento al Estado que aporta contingentes está claramente vinculada con el ejercicio de ciertos poderes por ese Estado sobre su contingente nacional y, por ende, depende del control que ese Estado posee al respecto.

7) Como han sostenido varios tratadistas²⁹⁷, cuando se pone un órgano o un agente a disposición de una organización internacional, la cuestión decisiva en relación con la atribución

²⁹² *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1980), pág. 205.

²⁹³ Véase el informe del Secretario General sobre la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas (A/51/389), pág. 5, párrs. 7 y 8.

²⁹⁴ Véanse *supra*, párr. 1) y nota 285.

²⁹⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, pág. 243.

²⁹⁶ *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1994), pág. 478.

²⁹⁷ J. P. Ritter, "La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale", *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), págs. 427 y ss., especialmente pág. 442;

de un comportamiento determinado es, al parecer, quién ejerce efectivamente el control sobre el comportamiento. Por ejemplo, sería difícil atribuir a las Naciones Unidas el comportamiento de las fuerzas en circunstancias como las descritas en el informe de la comisión de investigación creada para hacer indagaciones acerca de los ataques armados contra el personal de la ONUSOM II:

"El comandante de la fuerza de la ONUSOM II no tenía un control efectivo sobre los distintos contingentes nacionales que, en grado diverso, seguían pidiendo órdenes a sus autoridades nacionales antes de ejecutar las que recibían del mando de la fuerza. Muchas operaciones importantes emprendidas bajo la bandera de las Naciones Unidas y en el

R. Simmonds, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations* (La Haya, Nijhoff, 1968), pág. 229; B. Amrallah, "The International Responsibility of United Nations for Activities Carried Out by U.N. Peace-Keeping Forces", *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32 (1976), págs. 57 y ss., especialmente págs. 62 y 63 y 73 a 79; E. Butkiewicz, "The Premises of International Responsibility of Inter-Governmental Organizations", (*Polish Yearbook of International Law*, vol. II (1981-1982), págs. 117 y ss., especialmente págs. 123 a 125 y 134 y 135; M. Pérez González "Les organisations internationales et le droit de la responsabilité", *Revue générale de droit international public*, vol. 99 (1988), págs. 63 y ss., especialmente pág. 83; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties* (Dordrecht/Londres: Nijhoff, 1995), págs. 64 a 67; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), págs. 241 a 243; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruselas, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988), págs. 379 y 380; I. Scobbie, "International Organizations and International Relations", en R. J. Dupuy (ed.), *A Handbook of International Organizations*, 2ª ed. (Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff: 1998), pág. 891; C. Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten* (Berlín Duncker y Humblot, 2001), pág. 52; J.-M. Sorel, "La responsabilité des Nations Unies dans les opérations de maintien de la paix", *International Law Forum*, vol. 3 (2001), págs. 127 y ss., especialmente pág. 129. Algunos autores se refieren al "control efectivo" y otros al "control operacional". Este último concepto fue utilizado también por M. Bothe, *Streikräfte Internationaler Organisationen* (Colonia/Berlín), Heymanns Verlag, 1968), pág. 87. L. Condorelli en "Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 78 (1995), págs. 881 y ss., especialmente págs. 887 y 888, subrayó la dificultad de trazar una frontera entre el control operacional y el organizativo. El proyecto propuesto por el Comité de la Asociación de Derecho Internacional que se ocupa de la responsabilidad de las organizaciones internacionales mencionaba el criterio del "control efectivo (mando y control operacionales)". Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2 a 6 de abril de 2002* (2002), pág. 797.

contexto del mandato de la ONUSOM escapaban totalmente al mando y control de las Naciones Unidas, aun cuando tenían repercusiones cruciales en la labor de la ONUSOM y en la seguridad de su personal."²⁹⁸

- 8) El Secretario General de las Naciones Unidas sostuvo que el criterio del "grado de control efectivo" era decisivo para las operaciones conjuntas:

"La responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por las actividades de sus fuerzas en un conflicto armado se basa en la suposición de que la operación de mantenimiento de la paz se realiza bajo el mando y control exclusivos de las Naciones Unidas. [...] Cuando se realizan operaciones conjuntas, la responsabilidad internacional por la conducta de las tropas incumbe a la entidad a la que se hayan encomendado el mando y el control de las operaciones, de conformidad con las disposiciones que establecen las modalidades de cooperación entre el Estado o Estados que aportan contingentes y las Naciones Unidas. Cuando no se han adoptado disposiciones oficiales entre las Naciones Unidas y el Estado o Estados que aportan contingentes, la responsabilidad se determinará en cada caso según el grado de control efectivo ejercido por las partes en la operación."²⁹⁹

Lo que se ha sostenido con respecto a las operaciones conjuntas, como aquellas en las que participaron la ONUSOM II y la Fuerza de Reacción Rápida en Somalia, debería aplicarse igualmente a las operaciones de mantenimiento de la paz, siempre que sea posible distinguir al respecto esferas de control efectivo que correspondan efectivamente a las Naciones Unidas y al Estado que aporta los contingentes. Si bien es comprensible que, en pro de la eficacia de las operaciones militares, las Naciones Unidas insistan en reivindicar el mando y control exclusivos sobre las fuerzas de mantenimiento de la paz, también en este ámbito la atribución de comportamiento se debería basar en un criterio fáctico.

²⁹⁸ S/1994/653, pág. 40, párrs. 243 y 244.

²⁹⁹ A/51/389, pág. 7, párrs. 17 y 18.

9) Los principios aplicables a las fuerzas de mantenimiento de la paz se pueden hacer extensivos a otros órganos del Estado puestos a disposición de las Naciones Unidas, como por ejemplo los grupos de socorro para casos de desastres naturales; con respecto a éstos, el Secretario General de las Naciones Unidas manifestó lo siguiente:

"Si el grupo de socorro para casos de desastres naturales fuera establecido por las Naciones Unidas, el órgano sería un órgano subsidiario de las Naciones Unidas. Un grupo de socorro de esta naturaleza estaría en una situación jurídica similar, por ejemplo, a la Fuerza de las Naciones Unidas en Chipre (UNFICYP) [...]."³⁰⁰

10) Se habría de llegar a las mismas conclusiones en el caso más infrecuente de una organización internacional que pone uno de sus órganos a disposición de otra organización internacional. Encontramos un ejemplo de ello en la Conferencia Sanitaria Panamericana, la cual, de resultas de un acuerdo entre la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud, sirve, "respectivamente, como el Comité Regional y la Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud en el hemisferio occidental dentro de los términos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud"³⁰¹. El Asesor Jurídico de la OMS señaló que:

"Sobre la base de ese acuerdo, los actos de la Organización Panamericana de la Salud y de su personal pueden entrañar la responsabilidad de la OMS."³⁰²

Artículo 6

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional si tal órgano o agente actúa en esa condición, aunque ese comportamiento exceda de la competencia del órgano o agente o contravenga a sus instrucciones.

³⁰⁰ *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1971), pág. 187.

³⁰¹ Artículo 2 del Acuerdo de 24 de mayo de 1949, que se reproduce en la siguiente dirección: <http://intranet.who.int>

³⁰² Carta sin publicar de 19 de diciembre de 2003, dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el Asesor Jurídico de la OMS.

Comentario

- 1) El artículo 6 versa sobre el comportamiento *ultra vires* de los órganos o agentes de una organización internacional. Ese comportamiento puede consistir en actos que excedan de la competencia de la organización³⁰³. También puede ocurrir que el acto esté comprendido en la esfera de competencia de la organización, pero exceda de las facultades del órgano o el agente que actúa. El texto se refiere únicamente al segundo supuesto, aunque el primero también está comprendido ya que un acto que exceda de la competencia de la organización excede necesariamente de las facultades de su órgano o agente.
- 2) El artículo 6 debe leerse en el contexto de las demás disposiciones que se refieren a la atribución, en particular el artículo 4. Debe quedar entendido que, según el artículo 4, los órganos y agentes son personas y entidades que ejercen funciones de la organización. Salvo casos excepcionales (párrafo 9) del comentario al artículo 4), la cuestión de saber si un órgano o agente es competente para observar cierto comportamiento se regirá por las reglas de la organización, definidas en el artículo 4. Esto significa que las instrucciones sólo son pertinentes a los efectos de la atribución del comportamiento si son vinculantes para el órgano o agente. También en este caso serán decisivas, en general, las reglas de la organización.
- 3) El texto del artículo 6 se ciñe muy estrechamente al del artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³⁰⁴. La principal diferencia estriba en que este último artículo tiene en cuenta el enunciado de los artículos 4 y 5 sobre la

³⁰³ Como dijo la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*:

"[...] las organizaciones internacionales [...] no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales. 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."

I.C.J. Reports 1996, págs. 66 y ss., especialmente pág. 78 (párr. 25).

³⁰⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 86.

responsabilidad del Estado y versa, pues, sobre el comportamiento *ultra vires* de "un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público", mientras que el presente artículo sólo tiene que ceñirse al artículo 4 y, por consiguiente, se refiere simplemente a "un órgano o un agente de una organización internacional".

4) El elemento decisivo para la atribución, tanto en el artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como en el presente artículo, es el requisito de que el órgano o el agente actúe "en esa condición". Esta fórmula tiende a reflejar la necesidad de que haya un estrecho vínculo entre el comportamiento *ultra vires* y las funciones del órgano o del agente. Como se dijo en el comentario al artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el texto "significa que el comportamiento al que se alude sólo comprende las acciones u omisiones de órganos que supuesta o aparentemente actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales, y no las acciones u omisiones realizadas a título privado por personas que resultan ser órganos o agentes del Estado"³⁰⁵.

5) El artículo 6 trata sólo de la atribución del comportamiento y no prejuzga la cuestión de si un acto *ultra vires* es válido o no según las reglas de la organización. El acto, incluso si es considerado inválido, puede entrañar la responsabilidad de la organización. La necesidad de proteger a terceros exige que la atribución no se limite a los actos que se consideran válidos.

6) La posibilidad de atribuir a una organización internacional actos que un órgano ha realizado *ultra vires* ha sido admitida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, en la que declaró:

"Si se admite que la acción de que se trata entra dentro del ámbito de las funciones de la Organización pero se alega que ha sido iniciada o ejecutada de un modo no conforme a la separación de funciones entre los distintos órganos, establecida en la Carta, se produce un desplazamiento hacia el plano interno, hacia la estructura interna de la Organización. Si la acción fue decidida por un órgano que no era competente para ello, se trataría de una irregularidad desde el punto de vista de esa estructura interna, pero eso no supondría

³⁰⁵ Párrafo 8) del comentario al artículo 7, *ibíd.*, pág. 90.

necesariamente que los gastos en que se hubiera incurrido no fueran gastos de la Organización. Tanto el derecho nacional como el derecho internacional prevén casos en los que una persona jurídica o una entidad política pueden quedar obligados frente a terceros por el acto *ultra vires* de uno de sus agentes."³⁰⁶

El hecho de que la Corte considerase que las Naciones Unidas tendrían que sufragar los gastos resultantes de actos *ultra vires* de uno de sus órganos responde a consideraciones de principio que parecen todavía más sólidas cuando se trata de un comportamiento ilícito. Negar la atribución del comportamiento puede privar a terceros de la posibilidad de obtener una reparación, a menos que el comportamiento pueda ser atribuido a un Estado o a otra organización.

7) La distinción entre el comportamiento de órganos y funcionarios, por una parte, y el de otros agentes, por otra, estaría poco justificada, dada la escasa importancia de tal distinción en la práctica de las organizaciones internacionales³⁰⁷. Al parecer, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que las organizaciones también son responsables por los actos *ultra vires* de personas distintas de los funcionarios. En su opinión consultiva acerca de la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, declaró:

"[...] huelga decir que todos los agentes de las Naciones Unidas, sea cual fuere la capacidad oficial en que actúen, deben procurar no extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y

³⁰⁶ *Certain Expenses of the United Nations, I.C.J. Reports 1962*, pág. 168.

³⁰⁷ El Comité sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional propuso la siguiente norma:

"El comportamiento de órganos de una organización internacional o de sus funcionarios o agentes se considerará un hecho de esa organización según el derecho internacional si el órgano, el funcionario o el agente actúan a título oficial, aunque ese comportamiento exceda de las competencias conferidas o contravenga a las instrucciones dadas (*ultra vires*)."

Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April de 2002* (2002), pág. 797.

comportarse de modo que eviten cualquier demanda dirigida contra las Naciones Unidas."³⁰⁸

El motivo evidente por el que un agente -en ese caso un experto en misión- debe procurar no extralimitarse en sus funciones para evitar posibles demandas contra la organización es que es perfectamente posible que esa organización sea tenida por responsable del comportamiento del agente.

8) La norma enunciada en el artículo 6 también se encuentra avalada por la declaración siguiente del Consejero Jurídico del Fondo Monetario Internacional:

"La atribución puede producirse aunque el funcionario se haya extralimitado en las competencias conferidas, haya incumplido las reglas o haya actuado con negligencia. Sin embargo, los actos que un funcionario no haya realizado en su capacidad oficial no serían atribuibles a la organización."³⁰⁹

9) La práctica de las organizaciones internacionales confirma que el comportamiento *ultra vires* de un órgano o un agente es atribuible a la organización cuando ese comportamiento está relacionado con las funciones oficiales del órgano o del agente. En esta consideración parece descansar la postura de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en un memorando relativo a ciertas reclamaciones relacionadas con actos cometidos por miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz cuando no estaban de servicio:

"La política de las Naciones Unidas en materia de actos efectuados fuera de servicio por los miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz es que la Organización no asume ninguna responsabilidad jurídica o financiera en caso de fallecimiento, lesiones o daños derivados de dichos actos [...]. Estimamos que el factor principal para determinar una situación "fuera de servicio" consiste en saber si el miembro de una misión de mantenimiento de la paz estaba actuando en capacidad no oficial/no operacional cuando

³⁰⁸ *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., especialmente pág. 89 (párr. 66).

³⁰⁹ Carta sin publicar de 7 de febrero de 2003 dirigida al Secretario de la Comisión de Derecho Internacional por el Consejero Jurídico del Fondo Monetario Internacional.

ocurrió el incidente y no el hecho de que dicha persona fuera de uniforme o de paisano en el momento del incidente o el hecho de que el incidente ocurriera dentro o fuera de la zona de operaciones [...]. Por lo que se refiere a la responsabilidad jurídica y financiera de las Naciones Unidas, un miembro de la fuerza que se halle en estado de alerta puede estar no obstante en situación de fuera de servicio si actúa por su cuenta a título individual y realiza un acto que no se pueda atribuir al cumplimiento de obligaciones oficiales, durante el período designado como "estado de alerta". [...] Queremos hacer constar que [...] las circunstancias fácticas de cada caso varían y que, por lo tanto, una determinación de si un miembro de una misión de mantenimiento de la paz se halla en situación de servicio o de fuera de servicio puede depender en parte de los factores particulares del caso, habida cuenta de la opinión del Comandante de la Fuerza o del Jefe del Estado Mayor."³¹⁰

Aunque los actos realizados "fuera de servicio" por un miembro de un contingente nacional no serían atribuibles a la organización³¹¹, sí podría atribuírsele un acto que ese miembro hubiera realizado mientras se hallaba "en situación de servicio". En tal caso habría que examinar, en el caso de un comportamiento *ultra vires*, si guardaba relación con las funciones conferidas a esa persona.

Artículo 7

Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible a una organización internacional en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de esa organización internacional según el derecho internacional en el caso y en la medida en que la organización reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

³¹⁰ *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1986), págs. 337 y 338.

³¹¹ En una sentencia de 10 de mayo de 1979, el Tribunal de Distrito de Haifa se pronunció sobre un claro ejemplo de acto realizado "fuera de servicio" por un miembro de la FPNUL, que había participado en el traslado de explosivos al territorio de Israel. *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1979), pág. 221.

Comentario

1) El artículo 7 se refiere al supuesto en que una organización internacional "reconoce y adopta" como propio cierto comportamiento que no sería atribuible a esa organización a tenor de los artículos anteriores. La atribución se basa, pues, en la actitud adoptada por la organización con respecto a determinado comportamiento. La referencia a la "medida" apunta a la posibilidad de que ese reconocimiento y esa adopción se refieran únicamente a parte del comportamiento considerado.

2) El artículo 7 reproduce el contenido del artículo 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³¹², que está redactado en términos idénticos salvo que hace referencia al Estado en vez de a una organización internacional. Como se explica en el comentario al artículo 11, la atribución puede basarse en el reconocimiento y la adopción de un comportamiento también cuando ese comportamiento "podía no [haber] sido [atribuible]"³¹³ en el momento de la comisión del hecho. En otras palabras, el criterio de atribución que ahora se examina puede aplicarse incluso cuando no se haya demostrado que la atribución puede hacerse con arreglo a otros criterios.

3) Hay ejemplos de práctica, que tienen que ver tanto con los Estados como con las organizaciones internacionales, en los que no se ve claramente si el reconocimiento se refiere a la atribución de un comportamiento o a la atribución de responsabilidad. Esto no queda nada claro, por ejemplo, en lo que se refiere a la afirmación siguiente, hecha en nombre de la Comunidad Europea en el informe oral presentado ante un grupo especial de la OMC en el asunto *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*. La Comunidad Europea declaró que estaba:

"dispuesta a asumir plenamente la responsabilidad internacional por todas las medidas adoptadas en materia de concesiones arancelarias, con independencia de que la medida

³¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 109.

³¹³ Párrafo 1) del comentario al artículo 11, *ibíd.*, pág. 109.

objeto de la denuncia se haya tomado a nivel de la CE o a nivel de los Estados miembros."³¹⁴

4) La cuestión de la atribución fue tratada claramente en una decisión de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Fiscal c. Dragan Nikolic*. Se planteó la cuestión de saber si la detención del acusado era atribuible a la Fuerza de Estabilización (SFOR). En primer lugar, la Sala observó que los artículos sobre la responsabilidad del Estado redactados por la Comisión "no tenían fuerza de obligar a los Estados". A continuación hizo referencia al artículo 57 y observó que los artículos se referían "principalmente a la responsabilidad de los Estados y no a la de las organizaciones o entidades internacionales"³¹⁵. Sin embargo, la Sala declaró que "como mera orientación jurídica *general*" aplicaría "los principios establecidos en el proyecto de artículos en la medida en que resultaran útiles para resolver la cuestión planteada"³¹⁶. Esto hizo que la Sala citara con profusión el artículo 11 y el correspondiente comentario³¹⁷. A continuación la Sala añadió:

"La Sala de Primera Instancia observa que las dos Partes utilizan los mismos criterios de "reconocimiento", "adopción", "admisión", "aprobación" y "ratificación", que la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la cuestión consiste en determinar si, basándose en los hechos que se dan por probados, puede entenderse que la SFOR "reconoció y adoptó" el comportamiento de los desconocidos "como propio"."³¹⁸

³¹⁴ Documento no publicado.

³¹⁵ "*Decision on defence motion challenging the exercise of jurisdiction by the Tribunal*" (Decisión relativa a la excepción de incompetencia del Tribunal planteada por la defensa), 9 de octubre de 2002, asunto N° IT-94-2-PT, párr. 60.

³¹⁶ *Ibíd.*, párr. 61.

³¹⁷ *Ibíd.*, párrs. 62 y 63.

³¹⁸ *Ibíd.*, párr. 64.

La Sala concluyó que el comportamiento de la SFOR no "equivalía a una "adopción" o "reconocimiento" del comportamiento ilícito "como propio"³¹⁹.

5) No parece haber razones de principio que se opongan a la aplicación a las organizaciones internacionales del criterio de atribución basado en el reconocimiento y la adopción. La cuestión puede plantearse en lo que se refiere a la competencia de la organización internacional para efectuar ese reconocimiento y adopción y en lo que concierne a qué órgano o agente sería competente para hacerlo. Aunque la existencia de una norma específica es muy poco probable, las reglas de la organización también rigen esta cuestión.

³¹⁹ *Ibid.*, párr. 106. La apelación fue desestimada por otros motivos. En relación con el extremo que aquí nos ocupa, la Sala de Apelaciones se limitó a observar que "no ha lugar a declinar la competencia en el caso de secuestros perpetrados por particulares cuyos actos, salvo si son instigados, reconocidos o tolerados por un Estado, una organización internacional u otra entidad, de por sí no violan necesariamente la soberanía del Estado". *Decision on interlocutory appeal concerning legality of arrest* (Decisión relativa a la apelación interlocutoria concerniente a la legalidad de la detención), 5 de junio de 2003, asunto N° IT-94-2-AR73, párr. 26.

CAPÍTULO VI

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

A. Introducción

73. La Comisión decidió en su 54º período de sesiones, celebrado en 2002, incluir en su programa de trabajo el tema titulado "Recursos naturales compartidos"³²⁰.
74. En su 2727ª sesión, el 30 de mayo de 2002, la Comisión decidió además nombrar Relator Especial al Sr. Chusei Yamada³²¹.
75. 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.
76. La Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/533 y Add.1) en su 55º período de sesiones, celebrado en 2003.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

77. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/539 y Add.1).
78. La Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2797ª, 2798ª y 2799ª, celebradas los días 12, 13 y 14 de mayo de 2004, respectivamente.
79. En su 2797ª sesión, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre las aguas subterráneas transfronterizas, presidido por el Relator Especial. El Grupo de Trabajo celebró tres sesiones.

³²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10); cap. X.A.1, párr. 518.*

³²¹ *Ibíd.*, párr. 519.

80. La Comisión celebró también, los días 24 y 25 de mayo de 2004, dos reuniones oficiosas de información con la participación de expertos en aguas subterráneas de la Comisión Económica para Europa (CEPE), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) 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.

81. En su 2828ª sesión, el 4 de agosto de 2004, la Comisión, a petición del Relator Especial, acordó transmitir a los gobiernos y a las organizaciones internacionales competentes un cuestionario, preparado por el Relator Especial, para pedirles que manifestaran su opinión y facilitaran información con respecto a las aguas subterráneas.

1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe

82. El Relator Especial señaló que el documento A/CN.4/539/Add.1 comprendía algunos estudios de casos hidrogeológicos y otras informaciones técnicas básicas pero que, desgraciadamente, por dificultades técnicas no había sido posible incluir en él un examen de los tratados exigentes y una carta mundial de las aguas subterráneas, conforme a lo previsto en el párrafo 6 del segundo informe (A/CN.4/539). A ese respecto indicó que esos y otros materiales se comunicarían a la Comisión de manera informal.

83. En vista de la preocupación manifestada tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión en torno al empleo de la expresión "recursos compartidos", que podía referirse al patrimonio común de la humanidad o al concepto de condominio o copropiedad, el Relator Especial propuso concentrar la atención en el subtema de las "aguas subterráneas transfronterizas" sin emplear el término "compartidas".

84. Si bien el segundo informe contenía varios proyectos de artículo, el Relator Especial subrayó que ello no debía interpretarse como un indicio de la forma definitiva que adoptaría la labor de la Comisión. En esta primera etapa, el Relator Especial no se proponía recomendar la remisión de ninguno de esos proyectos de artículo al Comité de Redacción; los había elaborado con miras a suscitar observaciones, recibir propuestas más concretas y hacer una relación de los aspectos adicionales que convendría examinar.

85. El Relator Especial manifestó que aceptaba algunas de las críticas que se le habían dirigido cuando declaró en 2003 que prácticamente todos los principios enunciados en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en adelante la "Convención de 1997") también serían aplicables a las aguas subterráneas, reconociendo, de ese modo, la necesidad de modificar esos principios. No obstante, seguía opinando que la Convención de 1997 ofrecía la base en que fundar la elaboración de un régimen de las aguas subterráneas.

86. En el párrafo 8 del informe, el Relator Especial proponía un marco general para la redacción de los proyectos de artículo³²². Ese marco reproducía más o menos el de la Convención de 1997 y también tenía en cuenta el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado por la Comisión en 2001.

³²² El marco general preparado por el Relator Especial es el siguiente:

Parte I. Introducción

 Ámbito de aplicación de la Convención
 Términos empleados (definiciones)

Parte II. Principios generales

 Principios que rigen los usos de las aguas subterráneas transfronterizas
 Obligación de no causar daños
 Obligación general de cooperar
 Intercambio regular de datos e información
 Relaciones entre las diferentes clases de usos

Parte III. Actividades que afectan a otros Estados

 Evaluación del impacto
 Intercambio de información
 Consultas y negociaciones

Parte IV. Protección, preservación y gestión

 Vigilancia
 Prevención (Principio de precaución)

Parte V. Disposiciones diversas

Parte VI. Solución de controversias

Parte VII. Cláusulas finales

Documento A/CN.4/539, párr. 8.

87. Los proyectos de artículo que proponía el Relator Especial en su segundo informe eran los de la parte I (Introducción) y de la parte II (Principios generales). Tenía previsto presentar los de todas las demás partes en 2005 y pidió que se formularan observaciones sobre el marco general propuesto, así como sugerencias de enmiendas, adiciones o supresiones.

88. En lo que concierne a la parte I (Introducción), el Relator Especial señaló que seguía utilizando la expresión "aguas subterráneas" en el informe, aunque había optado por emplear en el proyecto de artículos el término "acuífero", que era un término científico y más preciso.

89. El ámbito de aplicación de la convención propuesta se definía en el artículo 1, que figuraba en el párrafo 10 del informe³²³. El Relator Especial señaló que en 2002 había partido del supuesto de que la labor de la Comisión abarcaría únicamente las aguas subterráneas transfronterizas que no se regían por la Convención de 1997, denominadas "aguas subterráneas confinadas transfronterizas". La Comisión empleó el término "confinadas" para indicar que se trataba de una masa de agua subterránea "no relacionada", "no conectada" o "no vinculada" a las aguas de superficie. Sin embargo, la utilización del término "confinadas" había planteado graves problemas.

90. En primer lugar, los especialistas de las aguas subterráneas empleaban el término en un sentido totalmente diferente. Para ellos, el término "confinado" designaba un estado hidráulico en el que las aguas estaban almacenadas bajo presión. Por consiguiente, era preferible omitir el término "confinadas" para evitar toda confusión entre juristas y especialistas de las aguas subterráneas, ya que éstos debían participar en la aplicación de la convención propuesta.

91. Otra razón importante para suprimir el término "confinadas" en lo que se refería al ámbito de aplicación de la convención propuesta era el punto de partida erróneo según el cual la Comisión debía ocuparse exclusivamente de las aguas subterráneas que no se regían por la

³²³ A/CN.4/539. El proyecto de artículo 1 dice lo siguiente:

Ámbito de aplicación de la Convención

La presente Convención se aplica a los usos de los sistemas acuíferos transfronterizos y otras actividades que tengan o es probable que tengan un impacto en esos sistemas y a las medidas de protección, preservación y gestión de esos sistemas.

Convención de 1997. El Relator Especial explicó por qué no era conveniente adoptar ese planteamiento refiriéndose al Acuífero de Arenisca Nubio, inmenso sistema acuífero compartido por cuatro Estados: Chad, Egipto, Jamahiriya Árabe Libia y Sudán. Aunque ese sistema estaba conectado con el río Nilo en las proximidades de Jartum, lo que hacía aplicable la Convención de 1997 al sistema acuífero en su conjunto, la conexión con el Nilo en realidad era mínima. La recarga del acuífero era prácticamente nula y éste presentaba todas las características de las aguas subterráneas y no de las aguas de superficie. La situación era la misma en el caso del Acuífero Guaraní (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Los casos de esos dos sistemas acuíferos se estudiaban en la adición al informe.

92. El Relator Especial opinó que la Comisión debía ocuparse de esos dos importantes acuíferos y, por lo tanto, decidió suprimir de la definición del ámbito de aplicación del proyecto de convención el criterio restrictivo expresado por las palabras "no relacionado con las aguas de superficie".

93. Esta decisión podría dar lugar en muchos casos a una situación de doble aplicación en la que el mismo sistema acuífero estaría sujeto tanto a la convención propuesta como a la Convención de 1997. A ese respecto, el Relator Especial opinó que esa aplicación paralela no debería plantear problemas y que, en todo caso, podía considerarse la posibilidad de elaborar un proyecto de artículo que concediera primacía a una de ellas a fin de salvar cualquier dificultad.

94. En relación con su propuesta de regular actividades distintas de los usos de las aguas subterráneas transfronterizas, el Relator Especial explicó que esa reglamentación era necesaria para proteger las aguas subterráneas contra la contaminación causada por las actividades de superficie, como las industriales, agrícolas y forestales.

95. Con respecto al proyecto de artículo 2 sobre las definiciones³²⁴, señaló que contenía, entre otras cosas, definiciones técnicas de los términos "acuífero" y "sistema acuífero". En el caso de

³²⁴ *Ibíd.* El proyecto de artículo 2 dice lo siguiente:

Términos empleados

A los efectos de la presente Convención:

las aguas subterráneas, el concepto de acuífero comprendía tanto las formaciones rocosas que almacenaban agua como las aguas de esas formaciones, con lo cual bastaba con referirse a los usos de los acuíferos para abarcar todas las categorías de usos. A ese respecto, el Relator Especial se refirió al caso 4 del anexo de la adición al informe en el que un acuífero del Estado A y un acuífero del Estado B, aun siendo acuíferos nacionales, estaban vinculados hidrológicamente y, por lo tanto, los dos acuíferos deberían ser tratados como un solo sistema para una gestión adecuada. Ese sistema acuífero era transfronterizo; por ello, consideró necesario dar una definición de sistema acuífero y propuso incluir en todo el proyecto de convención disposiciones que rigieran tales sistemas.

96. El Relator Especial se refirió también al caso 3 del anexo a la adición y señaló que podía darse también un caso 3 *bis*, en que un acuífero nacional estuviera conectado hidrológicamente a un curso de agua nacional del Estado B. Si bien en el párrafo 2 de la adición al informe había señalado que tanto la Convención de 1997 como la convención propuesta serían aplicables al caso 3, pensándolo bien, ya no estaba seguro de si ese vínculo hidrológico era la conexión con las aguas de superficie que los redactores de la Convención de 1997 tenían presente. Si lo era, y si se aplicaba la Convención de 1997, el artículo 7 de dicha Convención, que enunciaba el principio de no causar daños, permitiría solucionar algunos de los problemas. Sin embargo, la formulación propuesta para el proyecto de artículo 2 no definía tal acuífero como transfronterizo; por lo tanto, era necesario buscar una solución que permitiese resolver este caso satisfactoriamente.

a) Por "acuífero" se entenderá una formación rocosa permeable capaz de almacenar y transmitir cantidades explotables de agua;

b) Por "sistema acuífero" se entenderá un acuífero o un conjunto de acuíferos, cada uno de ellos asociado con formaciones rocosas específicas, que están conectados hidráulicamente;

c) Por "sistema acuífero transfronterizo" se entenderá un sistema acuífero algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

d) Por "Estado del sistema acuífero" se entenderá un Estado Parte en la presente Convención en cuyo territorio se encuentra parte de un sistema acuífero transfronterizo.

97. En cuanto al caso 5 del anexo de la adición, el Relator señaló que las definiciones de acuífero y sistema acuífero excluían de éstos las zonas de recarga y descarga. En vista de que esas zonas también debían regularse para una adecuada gestión de los acuíferos, tenía previsto formular proyectos de artículo con ese fin, posiblemente en la parte IV del marco general propuesto.

98. En lo concerniente a la parte II (Principios generales), que comprendería un proyecto de artículo sobre los principios que regían los usos de los sistemas acuíferos transfronterizos, el Relator Especial indicó que necesitaba asesoramiento para la formulación de ese artículo. Los dos principios básicos enunciados en el artículo 5 de la Convención de 1997, el "uso equitativo" y la "utilización razonable" quizás no eran apropiados para la presente labor de la Comisión. Si bien el concepto de "uso equitativo" posiblemente se hubiera considerado adecuado para situaciones en que un recurso era "compartido" en el verdadero sentido de la palabra, la resistencia a utilizar el concepto de "recurso compartido" en el caso de las aguas subterráneas planteaba la duda de si el principio del uso equitativo sería políticamente aceptable. Con respecto al otro principio de "uso razonable", que tenía el sentido científico de "uso sostenible", el principio era válido si el recurso en cuestión era renovable, aunque teniendo en cuenta que algunas aguas subterráneas no eran renovables, el concepto de uso sostenible no sería aplicable. Los Estados interesados tendrían que decidir si deseaban agotar el recurso en un período de tiempo corto o prolongado. Ello planteaba la cuestión de los criterios objetivos que podían aplicarse a esas situaciones, una cuestión para la cual el Relator Especial aún no tenía respuestas.

99. En cuanto a otro principio fundamental, la obligación de no causar daños a otros Estados del acuífero, el Relator Especial se refirió a su proyecto de artículo 4³²⁵, cuyos párrafos 1 y 2

³²⁵ *Ibid.* El proyecto de artículo 4 dice lo siguiente:

Obligación de no causar daños

1. Los Estados del sistema acuífero, al utilizar un sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del sistema acuífero.
2. Los Estados del sistema acuífero, al emprender en sus territorios otras actividades que tengan o es probable que tengan un impacto en un sistema acuífero

disponían que se tomaran disposiciones para impedir que se causasen "daños sensibles" a otros Estados del sistema acuífero. Tanto en los debates de la Comisión como en los de la Sexta Comisión se había expresado la opinión de que se requería un umbral inferior al "daño sensible" debido a la fragilidad de las aguas subterráneas. Sin embargo, el Relator Especial había decidido mantener el umbral de daños sensibles, adoptado en el artículo 7 de la Convención de 1997 y en el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, ya que el concepto de "sensible" era lo suficientemente flexible como para garantizar la viabilidad de los acuíferos.

100. Con respecto a la ubicación del párrafo 3 del proyecto de artículo 4, que versaba sobre el supuesto en que un sistema acuífero pudiera quedar destruido para siempre, el Relator consideró que podía trasladarse a la parte IV.

101. El Relator Especial recordó que el párrafo 4 mencionaba la cuestión de la indemnización, pero no trataba el tema de la responsabilidad (*liability*) *per se*. En relación con la propuesta formulada por algunos miembros de la Comisión y algunas delegaciones en la Sexta Comisión de que se incluyera un artículo sobre la responsabilidad (*liability*), el Relator Especial opinó que era una cuestión que convenía que la Comisión examinara en relación con el tema de la "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional".

transfronterizo, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles por intermedio de ese sistema a otros Estados del sistema acuífero.

3. Los Estados del sistema acuífero no perturbarán el funcionamiento natural de los sistemas acuíferos transfronterizos.

4. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del sistema acuífero, el Estado cuya actividad los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a esa actividad, adoptar todas las medidas apropiadas en consulta con el Estado afectado para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización.

102. El Relator Especial indicó que los proyectos de artículo 5³²⁶, 6³²⁷ y 7³²⁸ eran muy claros. Señaló que el intercambio regular de datos e información era un requisito indispensable para una

³²⁶ *Ibíd.* El proyecto de artículo 5 dice lo siguiente:

Obligación general de cooperar

1. Los Estados del sistema acuífero cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización apropiada y una protección adecuada de un sistema acuífero transfronterizo.

2. Los Estados del sistema acuífero, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones.

³²⁷ *Ibíd.* El proyecto de artículo 6 dice lo siguiente:

Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 5, los Estados del sistema acuífero intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre el estado del sistema acuífero transfronterizo, en particular los de carácter geológico, hidrogeológico, hidrológico, meteorológico y ecológico y los relativos a la hidroquímica del sistema acuífero, así como las previsiones correspondientes.

2. Teniendo en cuenta la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de ciertos sistemas acuíferos, los Estados del sistema acuífero harán lo posible por reunir y generar, de conformidad con las prácticas y las normas en vigor, individual o conjuntamente y, cuando proceda, con las organizaciones internacionales o por medio de ellas, nuevos datos e información a fin de definir más cabalmente los sistemas acuíferos.

3. El Estado del sistema acuífero al que otro Estado del sistema acuífero le pida que proporcione datos e información que no estén fácilmente disponibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación y, en su caso, el procesamiento de esos datos o información.

4. Los Estados del sistema acuífero harán lo posible por reunir y, en su caso, procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del sistema acuífero a los que sean comunicados.

³²⁸ *Ibíd.* El proyecto de artículo 7 dice lo siguiente:

Relaciones entre las diferentes clases de usos

1. Salvo acuerdo o costumbre en contrario, ningún uso de un sistema acuífero transfronterizo tiene en sí prioridad sobre otros usos.

eficaz cooperación entre los Estados del sistema acuífero y que había elaborado el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 debido a la falta de información científica sobre los sistemas acuíferos.

103. El proyecto de artículo 7 se refería a la relación entre las diferentes clases de usos de los sistemas acuíferos y seguía el precedente del artículo 10 de la Convención de 1997.

Con respecto a la expresión "la satisfacción de las necesidades humanas vitales", que figuraba al final del párrafo 2 del proyecto de artículo 4, el Relator recordó que había quedado entendido, como señaló el Presidente del Grupo de Trabajo Plenario durante la elaboración de la Convención de 1997, que "al determinar las necesidades humanas esenciales se [había] de prestar especial atención al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidos el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de impedir la hambruna".

2. Resumen del debate

104. Los miembros de la Comisión felicitaron al Relator Especial por su segundo informe en el que, dado el carácter especializado del tema, había introducido cambios terminológicos a la luz de los datos científicos disponibles. Los miembros expresaron también satisfacción por la asistencia que venía recibiendo de expertos técnicos. Varios miembros manifestaron que era necesario profundizar el estudio, especialmente con respecto a la interacción entre las aguas subterráneas y otras actividades. Sin embargo, se planteó el interrogante de cuánta información técnica adicional era necesaria antes de abordar la elaboración de un marco jurídico.

105. Se señaló también que la Comisión no debía exagerar la importancia de las aguas subterráneas y que algunas de las aguas subterráneas que debían ser objeto de estudio podían encontrarse muy por debajo de la superficie donde tal vez no fuera posible determinar con seguridad su existencia misma.

2. El conflicto entre varios usos de un sistema acuífero transfronterizo se resolverá teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales.

106. Se expresó cierta preocupación acerca del supuesto mencionado en el párrafo 14 según el cual la Convención de 1997 no regulaba adecuadamente algunos problemas relacionados con las aguas subterráneas. No era deseable que la Comisión hiciera una interpretación restrictiva de la Convención de 1997; las cuestiones planteadas quizás podían tratarse en un nuevo instrumento, que no tuviera necesariamente carácter obligatorio, o en un protocolo a la Convención de 1997.

107. Algunos miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que los trabajos no debían centrarse sólo en las aguas subterráneas que no se regían por la Convención de 1997, mientras que otros consideraron necesario obtener una explicación más detallada sobre las aguas subterráneas que quedarían excluidas de la presente labor.

108. Con respecto al alcance de la labor de la Comisión, se expresó apoyo a la posición del Relator Especial de excluir los acuíferos que no eran de carácter transfronterizo. Se señaló también que en alguna parte del proyecto de artículos debía hacerse referencia a las aguas subterráneas que quedaban excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de convención. Por otra parte, se indicó también que sería interesante conocer las razones por las cuales los expertos técnicos consideraron que todos los tipos de aguas subterráneas, no sólo las de carácter transfronterizo, debían ser objeto de reglamentación. Además, se planteó la cuestión de si la comunidad internacional debía interesarse en velar por que cada Estado actúe de manera responsable frente a las futuras generaciones de ciudadanos con respecto a un elemento fundamental para la vida como es el agua.

109. Se expresó la opinión de que la Comisión debía determinar el objeto de su labor. El proceso que la Comisión había emprendido no parecía consistir en la codificación de la práctica de los Estados ni en el desarrollo progresivo del derecho internacional, sino que era más bien de carácter legislativo. Se señaló también que el objetivo primordial de la labor de la Comisión era determinar la utilización adecuada de un recurso natural, no elaborar un tratado sobre el medio ambiente ni regular unos comportamientos.

110. Se señaló que en el informe no se hacía referencia concretamente a los Estados en que se formaban las aguas subterráneas, cuando era precisamente a esos Estados a los que debía referirse el proyecto de artículos.

111. Se señaló que cada Estado tenía la responsabilidad primordial de decidir cómo utilizaría sus recursos de aguas subterráneas, una responsabilidad que tenía precedencia sobre la responsabilidad del Estado a nivel internacional. Por consiguiente, los Estados debían adoptar las normas de conducta correspondientes, mediante acuerdos entre ellos y con ayuda de la comunidad internacional, en los cuales los mecanismos regionales desempeñarían una función particular. A ese respecto, se hizo referencia al enfoque adoptado por los Estados del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, con respecto al Acuífero Guaraní.

112. A este respecto, se recordó que el artículo 2 de la Convención de 1997 reconocía la importancia de las actividades de carácter regional al hacer referencia a una "organización de integración económica regional". Por lo tanto, se expresó preferencia por un enfoque regional que no negara principios fundamentales como el de la obligación de no causar daños, de cooperar y de utilizar el recurso racionalmente, principios que, sin duda, se reflejarían en el proyecto de artículos.

113. Como ejemplo de la labor realizada a nivel regional se mencionaron los dos proyectos del MERCOSUR relacionados con el Acuífero Guaraní. El primero era un estudio técnico que examinaba cuestiones tales como el acceso y los usos potenciales, mientras que el segundo pretendía establecer normas jurídicas que regularan los derechos y obligaciones de los Estados en cuyo territorio se encontraba el recurso. Se señaló que los países del MERCOSUR habían adoptado ciertos principios básicos en relación con el Acuífero Guaraní: las aguas subterráneas pertenecían al dominio territorial del Estado bajo cuyo suelo estaban localizadas; las aguas subterráneas eran aguas que no estaban conectadas con las aguas de superficie; el Acuífero Guaraní era un acuífero transfronterizo perteneciente exclusivamente a los cuatro países del MERCOSUR; éstos consideraban el desarrollo del acuífero como un proyecto regional de integración de infraestructuras comprendido dentro de la esfera de competencia del MERCOSUR, como organización regional de integración económica. Los países del MERCOSUR prestaban especial atención a la conservación, el desarrollo controlado y la gestión compartida del Acuífero Guaraní, en estrecha cooperación con las organizaciones internacionales, aunque la propiedad, la gestión y la vigilancia del acuífero seguirían siendo responsabilidad exclusiva de los propios

países del MERCOSUR. Por lo tanto, se desarrollarían dos procedimientos simultáneamente: por una parte, la Comisión proseguiría su labor de codificación, mientras que, por otra, la ejecución del acuerdo regional relativo al Acuífero Guaraní seguiría avanzando a un ritmo más acelerado. Un proceso de intercambio recíproco de información sería de gran utilidad.

114. Sin embargo, se expresó también la opinión de que un proyecto de convención no sería incompatible con un planteamiento regional o nacional de la cuestión. Además, el hecho de que la Comisión estableciera las obligaciones generales de los Estados con respecto a la gestión de las aguas subterráneas podía alentar a los Estados a concertar acuerdos regionales.

115. Se hizo hincapié en que las aguas subterráneas debían considerarse como un recurso perteneciente al Estado en el que se encontraban, al igual que el petróleo y el gas, que se reconocía que eran recursos sujetos al ejercicio de la soberanía. No podían ser consideradas como un recurso universal, y los trabajos de la Comisión no debían dar la impresión de que las aguas subterráneas estaban sujetas a un trato especial distinto del que se aplicaba al petróleo y al gas. Se sugirió también que se indicara claramente en el texto, quizás en el preámbulo, que no se cuestionaba de manera alguna la soberanía sobre las aguas subterráneas.

116. Se recomendó cierta cautela al utilizar la Convención de 1997 como base de los trabajos de la Comisión sobre las aguas subterráneas, puesto que esa Convención aún no había entrado en vigor y sólo había obtenido un pequeño número de firmas y ratificaciones. Se señaló también que era necesario proceder con la misma cautela al utilizar como guía el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, ya que no había sido aprobado todavía por la Asamblea General.

117. Se apoyó la sugerencia del Relator Especial de que se elaborara una disposición sobre una posible duplicación entre la Convención de 1997 y el proyecto de la Comisión sobre el subtema.

118. Se señaló que se habían recibido pocas respuestas de los Estados a las peticiones de información formuladas por la Comisión acerca del uso y la gestión de las aguas subterráneas transfronterizas. La escasez de la práctica de los Estados se consideró otro motivo para adoptar un enfoque prudente al establecer un marco jurídico relativo al subtema. Sin embargo, se señaló

también que la Comisión debía alentar al Relator Especial a seguir examinando la cuestión puesto que su mandato no se limitaba a la codificación de la práctica existente.

119. Varios miembros expresaron su apoyo al término "transfronterizo", introducido por el Relator Especial en su segundo informe, ya que la utilización de la palabra "compartido" había suscitado críticas. No obstante, también se señaló que a pesar del empleo de la palabra "transfronterizo", era probable que no se hubiera eliminado la connotación de propiedad, ya que el recurso era indivisible y, por lo tanto, "compartido" con otro Estado que también tenía derechos. Se apoyó asimismo la inclusión del término "acuífero" y la supresión de la palabra "confinadas", según lo propuesto por el Relator Especial.

120. Se sugirió que se elaborara un artículo en que se destacaran los tres elementos que constituían el ámbito de aplicación del proyecto de convención. En esa disposición se establecería la aplicabilidad del proyecto de convención a los sistemas acuíferos transfronterizos y a: a) los usos de esos sistemas; b) las actividades que tuvieran o era probable que tuvieran un impacto en esos sistemas; y c) las medidas de protección, conservación y gestión relacionadas con los sistemas acuíferos transfronterizos.

121. Se planteó la cuestión de si el término "compartidos" debía seguir utilizándose en el título del tema.

122. Con respecto a la forma que habría de adoptar el producto final de la Comisión, se expresaron opiniones divergentes. Se señaló que si no existía suficiente práctica de los Estados que sirviera de base, un proyecto de convención no sería aceptable para los Estados y, por lo tanto, según esa opinión, sería preferible elaborar directrices con recomendaciones para la elaboración de convenios bilaterales o regionales. Se sugirió también que se elaborara una ley tipo o una convención marco. Además, se expresó apoyo al método adoptado por el Relator Especial de elaborar proyectos de artículo que ayudaran a la Comisión en su labor, dejando la cuestión de la forma definitiva para más adelante.

123. Por lo que hace al marco general propuesto por el Relator Especial en los párrafos 8 y 9 del segundo informe, se indicó que, según los resultados de los estudios que debían llevarse a cabo, quizás fuese necesario revisarlo más tarde.

124. En lo concerniente al proyecto de artículo 1, se expresó cierto apoyo a la decisión de no restringir la aplicación de las disposiciones a los "usos" sino hacerla extensiva también a "otras actividades". Se estimó necesario que se aclarase más el sentido de los términos "usos" y "actividades". Se sugirió que la palabra "usos" se sustituyera por "explotación", concepto que figuraba en el apartado a) del artículo 2.

125. Se sugirió que el objeto del término "usos" debían ser las aguas subterráneas y no los "acuíferos".

126. Se expresaron algunas reservas con respecto a la propuesta que se hacía en el párrafo 15 del segundo informe de sustituir las palabras "que tengan o es posible que tengan" por "que entrañen el riesgo de causar", ya que ese nuevo texto no se aplicaría a las actividades que actualmente tenían un impacto en un sistema acuífero transfronterizo. También se apoyó el presente enunciado porque permitía tener en cuenta los aspectos ambientales.

127. Con respecto a las definiciones enunciadas en el proyecto de artículo 2, se consideró que, por su carácter técnico, constituían una base sólida para las deliberaciones de la Comisión. El apartado a) del proyecto de artículo 2 requería aclaraciones con respecto a dos cuestiones. La primera era determinar si la referencia a la explotabilidad debía interpretarse exclusivamente a la luz de la tecnología actual o si implicaba que otros acuíferos podrían quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de la convención a medida que se desarrollara la tecnología. La segunda era si el concepto de explotabilidad se refería a las cantidades de agua que se podían utilizar o aludía a la viabilidad comercial.

128. Además, se planteó la cuestión de si, según las definiciones del proyecto de artículo 2, consideradas conjuntamente con los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 4, los Estados del sistema acuífero estaban obligados a proteger los acuíferos que podrían ser utilizados en el futuro; se estimó que había que establecer una protección adecuada de tales acuíferos.

129. Con respecto a la definición de "sistema acuífero", que figuraba en el apartado b) del artículo 2, se expresó la opinión de que no estaba claro por qué los acuíferos debían estar asociados con formaciones rocosas específicas, ya que bastaba el hecho de que estuvieran conectados hidráulicamente.

130. Se señaló, además, que la definición de "acuífero" podría resultar insuficiente o imprecisa con respecto a las obligaciones relacionadas con la explotación del acuífero, lo que haría necesario formular una definición de "aguas del acuífero".

131. Con respecto a la definición de "sistema acuífero transfronterizo", se planteó la pregunta de si esa definición era suficiente para abarcar el supuesto de un acuífero situado en un territorio en disputa, situación que obligaría a los Estados interesados a considerar la necesidad de adoptar medidas provisionales de protección.

132. Por lo que respecta a los principios que debían regir el proyecto de convención, se mencionó la necesidad de incluir más principios que los que figuraban en la Convención de 1997, especialmente en la esfera de la protección ambiental y el uso sostenible de los acuíferos; se estimó que la protección de las necesidades humanas vitales era uno de los principios que había que enunciar en el proyecto. Habría que examinar la posibilidad de incluir algunos principios aplicables al petróleo y el gas, debido al carácter agotable del recurso, aunque se señaló que las aguas subterráneas no podían recibir el mismo trato que el petróleo y el gas a causa de sus características especiales. También se señaló que los principios de la utilización equitativa y razonable y la participación, que figuraban en la Convención de 1997, debían integrarse en el proyecto de artículos. Sin embargo, se indicó también que al incorporar esos principios debía procederse con mucha cautela en vista de las diferencias que existían entre las aguas subterráneas y los cursos de agua. Para responder a algunas de las preguntas planteadas por el Relator Especial en el párrafo 23 era necesario remitirse a la práctica de los Estados en esta materia.

133. En lo concerniente al proyecto de artículo 4, se sugirió que se invirtiera el orden de los párrafos 1 y 2, ya que las actividades a que se refería el párrafo 2 quizás se hubieran iniciado antes del aprovechamiento del acuífero. Además, se indicó que las medidas preventivas

mencionadas también debían ser aplicables a los Estados que, si bien no eran en sí Estados del sistema acuífero, realizaban actividades que podían tener un impacto en el acuífero, observación que era igualmente válida en relación con el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 y el párrafo 3 del proyecto de artículo 6.

134. En relación con la obligación de no causar daños, enunciada en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 4, se señaló que las consideraciones de equidad entre las generaciones y de respeto de la integridad del medio ambiente justificaban una obligación de no causar daños al acuífero propiamente dicho, y no al Estado del acuífero como establecían esas disposiciones. A ese respecto, se sugirió que los proyectos de artículo 4 a 7 se examinaran una vez que se hubiera definido el contexto adecuadamente y se hubieran elaborado los principios pertinentes.

135. En relación con la palabra "daño", se señaló que, si bien era útil, el término abarcaba un concepto vago que requería la prueba de que se había infligido cierto grado de daño. Por consiguiente, la Comisión debía estudiar más a fondo a qué tipo de daños se refería.

136. Además, se expresó cierta preocupación por el hecho de que el concepto de "daños sensibles" no fuera aplicable a los problemas planteados por el uso no sostenible de las aguas subterráneas, aunque el párrafo 3 del proyecto de artículo 4 quizás fuera un intento de reglamentación de las tasas de extracción. Se señaló también que el concepto de daño sensible variaba según distintos factores, como el paso del tiempo y el nivel de desarrollo económico, entre otros, y que era preferible evitar una definición de daño sensible, cuestión sobre la cual los Estados podían ponerse de acuerdo a nivel regional. Se planteó también la cuestión de que quizás se requería un umbral inferior al daño sensible, ya que las aguas subterráneas eran mucho más vulnerables a la contaminación que las aguas de superficie.

137. Se indicó que el texto del párrafo 3 del proyecto de artículo 4 no era bastante preciso y que era necesario aclarar mejor el significado del término "perturbar"; parecía que ese párrafo versaba sobre una situación distinta de la expuesta en el párrafo 27 del informe. También se señaló que la expresión "daños sensibles" debía incluirse en la disposición.

138. Se observó también que el término "medidas", que podía abarcar, entre otras cosas, la formación, la protección o la conservación de las aguas subterráneas, adolecía de cierta ambigüedad.

139. En relación con las cuestiones de la responsabilidad por el daño causado (*liability*) y los mecanismos de solución de controversias, mencionadas en el párrafo 28 del segundo informe, se señaló que la indemnización probablemente no sería nunca una forma de reparación adecuada y que, por lo tanto, la prevención era fundamental. Por consiguiente, la Comisión podría elaborar disposiciones que alentaran a los Estados a cooperar entre sí, a reconocer su interdependencia respecto de los recursos de aguas subterráneas y a determinar los medios de obtener asistencia para la solución de las controversias que pudieran surgir. También se señaló que un Estado que hubiera perturbado el funcionamiento de un acuífero transfronterizo debería tener la obligación de hacer más que simplemente examinar la cuestión de la indemnización, como disponía el párrafo 4 del proyecto de artículo 4. Además, esa situación podría plantear la cuestión de la responsabilidad por hecho ilícito (*responsibility*) si tal perturbación se producía como resultado de un hecho de esa naturaleza. Según otra opinión, era preferible tratar la cuestión de la responsabilidad (*liability*), como sugería el Relator Especial, en el marco del tema de la "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional".

140. A propósito del proyecto de artículo 5, se sugirió que el enunciado de la obligación de cooperar, que figuraba en el párrafo 1, incluyera una referencia específica a la protección del medio ambiente y el uso sostenible. Se sugirió también que se explicaran las consecuencias de la expresión "integridad territorial", que figuraba en el párrafo 1, aunque se señaló asimismo que la expresión había sido debatida y se había incluido en el artículo 8 de la Convención de 1997. Otra sugerencia fue que se reforzara el párrafo 2 del proyecto de artículo 5.

141. En relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 6, se indicó que su contenido parecía estar incluido implícitamente en el párrafo 1 del mismo artículo, por lo cual resultaba innecesario; además, la Convención de 1997 no contenía una disposición similar a la del párrafo 2. Se sugirió también que se incluyera en el proyecto una disposición sobre datos e

información vitales para la defensa y la seguridad nacionales, inspirada quizás en el artículo 31 de la Convención de 1997.

142. Con respecto al proyecto de artículo 7, se señaló que no estaba claro en qué medida las necesidades humanas vitales mencionadas en el párrafo 2 tendrían prioridad sobre la existencia de un acuerdo o una costumbre, a los que se refería el párrafo 1. Según otra opinión, los dos párrafos podían refundirse, concediendo primacía a las necesidades humanas vitales. Se observó que si un Estado se veía obligado a poner fin a la explotación de las aguas subterráneas para atender a necesidades humanas vitales, podría exigir una indemnización. Sin embargo, se indicó también que las necesidades humanas vitales no correspondían a la esfera del *jus cogens* y que, por lo tanto, no podían prevalecer sobre las obligaciones dimanantes de un tratado. Además, se sugirió que se dejara que los Estados del sistema acuífero interesados resolvieran la cuestión del orden de prioridad de los usos.

3. Conclusiones del Relator Especial

143. En lo que concierne a las graves dificultades que planteaba la escasez de la práctica de los Estados, el Relator Especial indicó que haría todo lo posible por extraer esa práctica de las actividades de cooperación internacional dirigidas a una gestión adecuada de las aguas subterráneas, en particular las actividades que se realizaban a nivel regional, y reconoció que la mayoría de los tratados vigentes se referían a las aguas subterráneas sólo de manera tangencial.

144. El Relator Especial subrayó la importancia que atribuía a los acuerdos regionales sobre las aguas subterráneas, acuerdos que tenían debidamente en cuenta las características históricas, políticas, sociales y económicas de la región. Indicó que las normas de carácter universal que formulase la Comisión tendrían por objeto proporcionar unas pautas para los acuerdos regionales.

145. En relación con la forma definitiva que se daría a los trabajos de la Comisión, se habían expresado opiniones divergentes, pero el Relator Especial esperaba que la decisión podría aplazarse hasta que se logran progresos sobre los principales aspectos de fondo. Reiteró que si bien las propuestas de su informe se habían formulado como proyectos de artículo, y que a

menudo se hacía referencia a un proyecto de convención, no excluía cualquier otra forma posible.

146. El Relator Especial había acogido con agrado las sugerencias y preguntas concretas formuladas por los miembros e indicó que algunas de ellas podrían aclararse con la ayuda de expertos.

147. En su opinión, la nueva redacción propuesta del proyecto de artículo 1 era muy útil. El Relator Especial también consideraba que la situación de un acuífero que no se explotaba por el momento pero que podía explotarse en el futuro estaba comprendido en la definición.

148. Con respecto al concepto de aguas subterráneas, el Relator Especial explicó que no todas las aguas que se encontraban en el subsuelo eran aguas subterráneas. Las aguas que permanecían en la zona no saturada de la formación rocosa, que terminaban por llegar a ríos o lagos o que eran reabsorbidas por la vegetación, no constituían aguas subterráneas sino que correspondían a la escorrentía subsuperficial o interflujo. Sólo las aguas que llegaban a la zona saturada pasaban a ser aguas subterráneas. Por lo tanto, un acuífero era una formación geológica que contenía una cantidad de material permeable saturado suficiente para producir cantidades considerables de agua. A juicio del Relator Especial, se podría incluir en el comentario una explicación detallada al respecto.

149. La necesidad de definir el término "transfronterizo", no sólo en relación con los acuíferos transfronterizos sino también en relación con el daño transfronterizo, merecía la debida atención.

150. El Relator Especial no estaba seguro de que fuera necesario definir por separado el término "aguas", ya que bastaba con centrarse en el uso de las aguas almacenadas en las formaciones rocosas.

151. Con respecto a la pregunta de por qué los daños a los otros Estados debían limitarse a los causados a través del sistema acuífero, el Relator Especial opinó que otros daños, como los causados a través de la atmósfera, quedarían comprendidos en los trabajos realizados en el marco del tema de la "Responsabilidad internacional" por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

152. En cuanto a la relación entre la perturbación del funcionamiento de un sistema acuífero, a que se refería el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, y la destrucción definitiva de un acuífero, el Relator Especial tenía entendido que más allá de cierto grado de explotación del acuífero, la formación rocosa perdía su capacidad de producir agua; por lo tanto, dejaba de ser un acuífero en el sentido del proyecto de artículo 2.

153. Con respecto a la cláusula de prohibición de causar daños, varios miembros se habían referido a la cuestión de los "daños sensibles" desde perspectivas distintas. El Relator Especial hizo una recapitulación de los antecedentes del debate a que había dado lugar ese concepto en la Comisión, que finalmente había convenido en utilizar la expresión "daño sensible" al aprobar en segunda lectura el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El consenso a que entonces se llegó fue que el daño era "sensible" si no era de poca importancia o insignificante, pero sin llegar a ser "sustancial" o "grave". La Comisión también adoptó esa posición cuando aprobó el proyecto de artículo 3 sobre la prevención del daño transfronterizo. Además, recordó que la Comisión había recomendado a la Asamblea General el umbral del daño sensible dos veces en proyectos similares y que, por lo tanto, debían aducirse motivos de peso para modificar ese umbral. Acogería con interés cualquier otra sugerencia a este respecto.

154. En relación con el apartado b) del proyecto de artículo 2, el Relator Especial reconoció que se podía prescindir de las palabras "cada uno de ellos asociado con formaciones rocosas específicas", puesto que constituían una descripción científica de un sistema acuífero, que no tenía efectos jurídicos.

155. Con respecto a la cuestión relativa al ámbito de aplicación de la Convención de 1997, el Relator Especial estimaba que correspondía a la Comisión, como autora de ese instrumento, proporcionar la respuesta.

156. Varios miembros habían hecho alusión a las relaciones entre las diferentes clases de usos a que se refería el proyecto de artículo 7. El Relator Especial estimaba que ese artículo dependía de la formulación definitiva de los principios que regían los usos de los sistemas acuíferos. No consideraba que el párrafo 2 fuera una excepción al párrafo 1. El párrafo 2 significaba que

en caso de conflicto entre la extracción de agua para beber y la extracción con fines recreativos, habría que dar prioridad al primer uso.

157. El Relator Especial señaló también que se referiría y, cuando fuera procedente, tendría en cuenta las normas relativas al agua que la Asociación de Derecho Internacional terminaría de elaborar en agosto de 2004.

CAPÍTULO VII

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

158. En su 30º período de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter³²⁹.

159. La Comisión recibió y examinó, entre su 32º período de sesiones (1980) y su 36º período de sesiones (1984), cinco informes del Relator Especial³³⁰. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco proyectos de artículo. 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 proyectos de artículo se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36º período de sesiones, en 1984. Esos proyectos de artículo fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción³³¹.

³²⁹ 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.

³³⁰ 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.

³³¹ 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

160. 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 Especial³³².

161. 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 tema³³³. 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 correctivas³³⁴.

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.

organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos, *Anuario...*, 1984, vol. II (Primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378; y de un estudio preparado por la Secretaría titulado "Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", *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.

³³² 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.

³³³ *Anuario...*, 1992, vol. II (Segunda parte), párr. 281.

³³⁴ *Ibíd.*, párrs. 341 a 349. Véanse las recomendaciones detalladas de la Comisión en *ibíd.*, 1995, cap. V.

162. 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 informe³³⁵ que ofrecía un cuadro 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.

163. 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" (*international liability*). 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.

164. 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"³³⁶. 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 Rao³³⁷.

³³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10), anexo.*

³³⁶ *Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10), párr. 168.*

³³⁷ *Ibíd.*

La Comisión recibió, entre su 50º período de sesiones (1998) y su 52º período de sesiones (2000), tres informes del Relator Especial³³⁸.

165. 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 peligrosas³³⁹. En su 53º período de sesiones, en 2001, aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y un total de 19 proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas³⁴⁰, concluyendo así su labor sobre la primera parte del tema. Además, la Comisión recomendó a la Asamblea General que elaborase una convención basada en ese proyecto de artículos.

166. La Asamblea General, en el párrafo 3 de la parte dispositiva de su resolución 56/82, pidió a la Comisión que reanudara su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

167. 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

³³⁸ 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.

³³⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 52.

³⁴⁰ *Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 97.

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 Rao³⁴¹.

168. En el 55º período de sesiones, en 2003, la Comisión examinó el 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) y 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.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

169. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del segundo 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.4/540). En el informe se analizaban las observaciones de los Estados con respecto a las principales cuestiones relativas a la asignación de la pérdida. En él se sacaban conclusiones generales a la luz de las mencionadas observaciones y de los debates anteriores de la Comisión. El Relator Especial presentó también en su informe una serie de 12 proyectos de principio³⁴². La Comisión examinó el informe en sus

³⁴¹ *Ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 441.

³⁴² Los proyectos de principio propuestos por el Relator Especial decían así:

1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplica a los daños causados por las actividades peligrosas comprendidas en el ámbito del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, es decir, las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por "daño" un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, que comprende:

-
- i) La muerte o las lesiones corporales;
 - ii) La pérdida de un bien o los daños causados a un bien distinto de los bienes de propiedad de la persona responsable del daño de conformidad con los presentes artículos;
 - iii) La pérdida de ingresos procedentes de un interés económico, directamente derivada de un menoscabo producido en el uso de los bienes o en los recursos naturales o el medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos;
 - iv) El costo de las medidas de restablecimiento de los bienes, o de los recursos naturales o el medio ambiente, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas;
 - v) El costo de las medidas de respuesta, incluida toda pérdida o daño causado por tales medidas, en cuanto el daño se derive o resulte de la actividad peligrosa;
- b) Se entiende por "daño al medio ambiente" la pérdida o daño resultante de los menoscabos producidos en el medio ambiente o los recursos naturales;
- c) El "medio ambiente" comprende: los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores; los bienes que forman parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje;
- d) Se entiende por "actividad peligrosa" una actividad que entrañe un riesgo de causar daños sensibles o catastróficos;
- e) Se entiende por "explotador" toda persona que dirija o controle la actividad en el momento de producirse el incidente causante del daño transfronterizo, incluido una sociedad matriz u otra entidad conexas, dotada o no de personalidad jurídica;
- f) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, o en otros lugares que estén fuera de la jurisdicción o el control de cualquier Estado, incluido el Estado de origen, tengan o no los Estados interesados o las zonas una frontera común;
- g) Se entiende por "medidas de restablecimiento" todas las medidas razonables encaminadas a evaluar, restablecer o rehabilitar los elementos del medio ambiente dañados o destruidos o, cuando esto no sea posible, a introducir, cuando proceda, el equivalente de esos elementos en el medio ambiente. El derecho interno podrá indicar quién estará facultado para adoptar tales medidas;
- h) Se entiende por "medidas de respuesta" todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, incluidos los poderes públicos, después de haberse producido el daño transfronterizo, para prevenir, minimizar o aminorar las posibles pérdidas o daños, o

proceder al saneamiento ambiental. El derecho interno podrá indicar quién estará facultado para adoptar tales medidas;

i) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realicen las actividades a que se refiere el principio 1;

j) Se entiende por "Estado del daño" el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se produzca el daño transfronterizo;

k) Se entiende por "Estado que pueda resultar afectado" el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

l) Se entiende por "Estados interesados" el Estado de origen, el Estado que pueda resultar afectado y el Estado del daño.

3. Indemnización a las víctimas y protección del medio ambiente

1. El principal objetivo de los presentes principios es velar, dentro de los límites prescritos por la legislación nacional, por que las víctimas no soporten por sí solas las pérdidas que sufran a causa del daño transfronterizo.

2. El objetivo es también velar por que todo daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas causado al medio ambiente o los recursos naturales, incluso en zonas o lugares situados fuera de la jurisdicción o el control de los Estados, sea indemnizado dentro de los límites y en las condiciones especificadas en estos principios.

4. Pronta y adecuada indemnización

Variante A

1. El Estado de origen adoptará todas las medidas necesarias a fin de que las personas de otro Estado que sufran daños transfronterizos causados por una actividad peligrosa realizada en su territorio o en lugares que se encuentren bajo su jurisdicción o control, reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. El Estado de origen adoptará también todas las medidas necesarias a fin de que se pague una pronta y adecuada indemnización por los daños transfronterizos causados al medio ambiente o a los recursos naturales de cualquier Estado, o de zonas situadas fuera de la jurisdicción o el control de cualquier Estado, como resultado de actividades peligrosas realizadas en su territorio o en lugares que se encuentren bajo su jurisdicción o control.

3. Las medidas a que se refieren los párrafos 1 y 2 precedentes pueden estar sujetas a las condiciones, limitaciones o excepciones aplicables con arreglo a la legislación del Estado de origen que haya autorizado la actividad.

4. Al examinarse los elementos de prueba del vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo se tendrá [debidamente] en cuenta el riesgo de causar un daño sensible, inherente a la actividad peligrosa.

Variante B

1. El explotador de una actividad peligrosa realizada en el territorio o en lugares que se encuentren bajo la jurisdicción y el control de un Estado será responsable de los daños transfronterizos causados por esa actividad a las personas, o al medio ambiente o los recursos naturales, en el territorio o en lugares que se encuentren bajo la jurisdicción y el control de cualquier otro Estado, o al medio ambiente o los recursos naturales de zonas situadas fuera de la jurisdicción y el control de cualquier Estado.

2. La responsabilidad del explotador está sujeta a las condiciones, limitaciones o excepciones aplicables con arreglo a la legislación del Estado de origen que haya autorizado la actividad.

3. Al examinarse los elementos de prueba del vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo, se tendrá [debidamente] en cuenta el riesgo de causar un daño sensible, inherente a la actividad peligrosa.

5. Indemnización complementaria

1. Los Estados interesados adoptarán las medidas necesarias para establecer de mecanismos de financiación complementaria con objeto de indemnizar a las víctimas de daños transfronterizos que no puedan obtener del explotador una indemnización pronta y adecuada por los daños y perjuicios reclamados [judicialmente] en virtud de los presentes principios.

2. Los mecanismos de financiación se podrán crear con cargo a las contribuciones aportadas por los principales beneficiarios de la actividad, la misma categoría de explotadores, los fondos estatales afectados a este fin específico o una combinación esas fuentes.

3. Los Estados interesados establecerán criterios para determinar qué se debe entender por indemnización insuficiente con arreglo al presente proyecto de principios.

6. Seguros y planes financieros

Los Estados interesados adoptarán las medidas necesarias para velar por que el explotador establezca y mantenga garantías financieras, como seguros, cauciones u otras garantías, para cubrir las demandas de indemnización.

7. Medidas de respuesta

1. Los Estados exigirán a todos los explotadores que lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de los presentes principios que adopten sin demora medidas

eficaces para hacer frente a cualquier incidente relacionado con esas actividades, con vistas a minimizar los daños que se puedan derivar del incidente, incluido todo daño transfronterizo. Tales medidas de respuesta comprenden la pronta notificación, consulta y cooperación con todos los Estados que puedan resultar afectados.

2. En el caso de que el explotador no adopte con prontitud las medidas eficaces necesarias, el Estado de origen, cuando proceda y en consulta con los Estados que puedan resultar afectados, dispondrá lo necesario para la adopción de tales medidas.

8. Disponibilidad de vías de recurso

1. Los Estados interesados velarán por que todas las víctimas de un daño transfronterizo resultante de la realización de actividades peligrosas dispongan de recursos judiciales y administrativos rápidos, adecuados y efectivos.

2. Los Estados velarán por que tales recursos no sean menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales e incluyan el acceso a la información necesaria para el ejercicio de su derecho a obtener la indemnización.

3. Cada Estado se asegurará de que sus tribunales poseen la competencia necesaria para conocer de las demandas de indemnización.

9. Relación con otras normas de derecho internacional

El presente conjunto de principios se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos ni de las obligaciones contraídas por las Partes de conformidad con las normas de derecho internacional general con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados.

10. Solución de controversias

1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente por medios pacíficos, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

2. Si una controversia no se resuelve de conformidad con el párrafo 1, las partes podrán de común acuerdo aceptar uno de los siguientes medios de solución de controversias, o ambos: a) el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia, o b) el arbitraje.

11. Elaboración de regímenes internacionales más detallados y específicos

1. Los Estados cooperarán en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados en el ámbito mundial o regional a fin de establecer disposiciones más detalladas sobre las medidas de prevención y respuesta que haya que adoptar con respecto a una clase determinada de actividades peligrosas, así como sobre las medidas que haya que adoptar en materia de seguro e indemnización.

sesiones 2804^a, 2805^a, 2807^a, 2808^a y 2809^a, celebradas los días 26 y 27 de mayo y 1^o, 2 y 3 de junio de 2004. La Comisión tuvo también ante sí, como documento oficioso, el estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema, actualizado por la Secretaría³⁴³.

170. En su 2809^a sesión, celebrada el 3 de junio de 2004, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao para que examinara las propuestas presentadas por el Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión, con miras a recomendar proyectos de principio que pudieran remitirse al Comité de Redacción mientras continuaba el debate sobre otras cuestiones, incluida la forma que deberían adoptar los trabajos sobre el tema. El Grupo de Trabajo celebró seis sesiones, los días 4 de junio y 6, 7 y 8 de julio de 2004. En su labor, examinó y revisó los 12 proyectos de principio presentados por el Relator Especial y recomendó que los 8 que figuraban en su informe (A/CN.4/L.661 y Corr.1) se remitieran al Comité de Redacción.

2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado a fin de abonar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluido su seguro, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir a los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

12. Aplicación

1. Los Estados adoptarán las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar las disposiciones que anteceden.

2. Las presentes disposiciones y las disposiciones que se adopten para llevarlas a efecto serán aplicadas por todos los Estados sin discriminación alguna por razón de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados cooperarán entre sí en la aplicación de las disposiciones, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

³⁴³ 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 (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), que se publicará como documento A/CN.4/543.

171. En su 2815ª sesión, el 9 de julio de 2004, la Comisión escuchó el informe oral del presidente del Grupo de Trabajo y decidió remitir los ocho proyectos de principio al Comité de Redacción. La Comisión pidió también al Comité de Redacción que preparase un texto como preámbulo.

172. En su 2822ª sesión, el 23 de julio de 2004, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura una serie de ocho proyectos de principio sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (véase *infra* sec. C).

173. En su 2828ª sesión, el 4 de agosto de 2004, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, remitir a los gobiernos el proyecto de principios (véase *infra*, sec. C), por intermedio del Secretario General, para que formularan comentarios y observaciones, con el ruego de que esos comentarios y observaciones se comunicaran al Secretario General antes del 1º de enero de 2006.

174. En su 2829ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2004, la Comisión expresó su profundo reconocimiento al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, por la notable contribución que había aportado al tratamiento del tema mediante su erudita labor de investigación y su vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión llevar a buen término su primera lectura del proyecto de principios sobre los aspectos del tema concernientes a la responsabilidad por el daño causado (*liability*).

C. Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de principios

175. A continuación se reproduce el texto del proyecto de principios aprobado por la Comisión en primera lectura.

Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*

La Asamblea General,

Recordando los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando asimismo el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla las disposiciones del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Observando que como resultado de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños y graves pérdidas,

Preocupada por que se pongan en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar, en cuanto sea posible, que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daños o pérdidas como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional entre Estados,

Recordando la existencia de acuerdos internacionales que regulan categorías específicas de actividades peligrosas,

Deseando contribuir al desarrollo ulterior del derecho internacional en este campo,

...

* La Comisión se reserva el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos. En el caso de que la Comisión tuviera que preparar un proyecto de convención marco, habría que introducir algunos cambios en el texto de los proyectos de principio 4 a 8 y efectuar algunas adiciones, sobre todo en lo que respecta a la solución de controversias y a la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales.

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

a) Se entiende por "daño" un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:

- i) La muerte o las lesiones corporales;
- ii) La pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;
- iii) Una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;
- iv) Los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;
- v) Los costos de medidas razonables de respuesta;

b) El "medio ambiente" comprende: los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, y la interacción entre esos factores; y los aspectos característicos del paisaje;

c) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades mencionadas en el proyecto de principio 1;

d) Se entiende por "actividad peligrosa" una actividad que entrañe un riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas;

e) Se entiende por "explotador" toda persona que dirija o controle la actividad en el momento en que se produzca el incidente causante del daño transfronterizo.

Principio 3

Objetivo

El presente proyecto de principios tiene por objeto garantizar una indemnización pronta y adecuada a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente.

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.
2. Esas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esa responsabilidad deberían ser compatibles con el proyecto de principio 3.
3. Esas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda de otra persona o entidad de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.
4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.
5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Principio 5

Medidas de respuesta

A fin de reducir al mínimo todo daño transfronterizo resultante de un incidente relacionado con actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios, los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador, deberían adoptar sin demora medidas de respuesta eficaces. Tales medidas de respuesta deberían incluir la pronta notificación a todos los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, la consulta y la cooperación con ellos.

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados deberían prever procedimientos apropiados para garantizar que se otorgue una indemnización, de conformidad con el proyecto de principio 4 a las víctimas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.
2. Esos procedimientos podrían incluir el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.
3. En la medida necesaria a los efectos de otorgar una indemnización de conformidad con el proyecto de principio 4, cada Estado debería velar por que sus mecanismos administrativos y judiciales tengan la competencia necesaria y ofrezcan recursos efectivos a las víctimas. Dichos mecanismos no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales y deberían incluir el acceso apropiado a la información necesaria para utilizarlos.

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Los Estados deberían cooperar en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados de carácter bilateral, regional o mundial a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de prevención y de respuesta que habría que aplicar con respecto a determinadas categorías de actividades peligrosas, así como sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras.
2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado con miras a aportar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.
2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, de domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

2. Texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes

176. A continuación se transcribe el texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en primera lectura en su 56º período de sesiones.

Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*

Comentario general

- 1) En el preámbulo se exponen brevemente los antecedentes de este proyecto de principios y el planteamiento en que se basan. El preámbulo sitúa los principios en el contexto de las disposiciones correspondientes de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aunque después recuerda explícitamente el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.
- 2) Como punto de partida fundamental establece en sustancia que, aun cuando el Estado involucrado cumpla fielmente las obligaciones de prevención que le incumben en virtud de ese proyecto de artículos, cabe sin embargo que se produzcan accidentes u otros incidentes y que éstos tengan consecuencias transfronterizas que causen daños y graves pérdidas a otros Estados y a sus nacionales.
- 3) Es importante, como indica el preámbulo, que quienes sufran daños o pérdidas como resultado de tales incidentes ocurridos con ocasión de actividades peligrosas no tengan que soportar esas pérdidas y puedan obtener una pronta y adecuada indemnización.

* La Comisión se reserva el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos. En el caso de que la Comisión tuviera que preparar un proyecto de convención marco, habría que introducir algunos cambios en el texto de los proyectos de principio 4 a 8 y efectuar algunas adiciones, sobre todo en lo que respecta a la solución de controversias y a la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales.

- 4) Este proyecto de principios establece los medios por los cuales esto puede lograrse.
- 5) Como señala el preámbulo, las disposiciones necesarias sobre indemnización pueden figurar en acuerdos internacionales relativos a las diferentes categorías de actividades peligrosas y el proyecto de principios promueve la elaboración de tales acuerdos en los planos bilateral, regional o internacional, según convenga.
- 6) Por consiguiente, el proyecto de principios tiene por objeto contribuir a promover el desarrollo del derecho internacional en este campo proporcionando a los Estados la debida orientación con respecto a las actividades peligrosas no incluidas en acuerdos específicos e indicando las cuestiones que habría que regular en tales acuerdos.
- 7) El preámbulo también deja bien sentado que los Estados son responsables en derecho internacional del cumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención.
- 8) Para la preparación del proyecto de principios, la Comisión se ha basado en una serie de acuerdos básicos. En primer lugar, hay consenso en que: a) el régimen jurídico debe ser de carácter general y supletorio; y b) ese régimen debe entenderse sin perjuicio de las normas pertinentes sobre la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) aprobadas por la Comisión en 2001³⁴⁴. En segundo lugar, hay consenso en que el alcance de los aspectos de la responsabilidad por el daño causado (*liability*) debería ser el mismo que el del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, que la Comisión aprobó también en 2001³⁴⁵. En particular, se entiende asimismo que el umbral de activación de la aplicación del régimen del daño transfronterizo ("*transboundary damage*") es el

³⁴⁴ El texto y los comentarios de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 77.

³⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 98.

mismo que en el caso del régimen de prevención del daño transfronterizo ("*transboundary harm*"), es decir, "sensible" ("*significant*"). La Comisión también estudió atentamente la conveniencia de examinar las cuestiones relativas a los espacios públicos internacionales (*global commons*). Tras observar que las cuestiones relacionadas con ese tema son diferentes y tienen sus propias características particulares, la Comisión llegó a la conclusión de que requería un tratamiento separado³⁴⁶. En tercer lugar, también hay acuerdo en proceder sobre la base de determinadas consideraciones de principio: a) que si bien las actividades que se prevé incluir en el presente tema son indispensables para el desarrollo económico y beneficiosas para la sociedad, el régimen debe prever una indemnización pronta y adecuada para las víctimas inocentes en caso de que tales actividades den lugar a daños transfronterizos; y b) que los planes para hacer frente a situaciones imprevistas y las medidas de respuesta que se establezcan deben ser superiores a los previstos en el proyecto de artículos sobre la prevención.

9) En cuarto lugar, los diversos modelos de responsabilidad e indemnización existentes han confirmado que la responsabilidad del Estado por el daño causado (*State liability*) es una excepción que se reconoce fundamentalmente en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre. Por consiguiente, también hay consenso en que la responsabilidad por las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios debe asignarse principalmente al explotador y que tal responsabilidad se atribuirá sin exigir prueba de culpa y podrá ser limitada o estar sujeta a excepciones, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales y otras consideraciones de orden político. No obstante, se reconoce asimismo que tal responsabilidad no tiene que recaer siempre en el explotador de una actividad peligrosa o de riesgo. El elemento importante es que la persona que ejerza la potestad superior u otras personas o entidades, según proceda, también puedan ser tenidas por responsables.

10) En quinto lugar, cabe señalar que existe consenso en favor de que, sea cual sea el sistema de asignación de la pérdida, se establezca una financiación complementaria y que esa financiación sea particularmente importante si se adopta el concepto de responsabilidad limitada.

³⁴⁶ Véase también *ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 447.

Hay consenso en adoptar un régimen de asignación de la pérdida por el que ésta se distribuya entre varios sujetos, incluido el Estado. Dado el carácter general y supletorio de este régimen, no se considera necesario determinar de antemano la cuota correspondiente a cada sujeto ni definir con exactitud la función que ha de atribuirse al Estado. Se reconoce al mismo tiempo que incumben al Estado, según el derecho internacional, obligaciones de prevención, y que esas obligaciones suponen ciertos estándares mínimos de diligencia³⁴⁷. En virtud de esas obligaciones, los Estados deben permitir actividades peligrosas que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible sólo previa autorización, basándose en la determinación de los efectos transfronterizos y ambientales, según proceda, para evaluar las solicitudes de autorización y establecer los mecanismos de vigilancia apropiados. Es decir que la atribución de la responsabilidad principal al explotador no dispensa al Estado de cumplir sus obligaciones de prevención de conformidad con el derecho internacional.

11) En sexto lugar, se ha llegado a un amplio acuerdo sobre los elementos básicos que han de incorporarse al régimen aplicable al sistema de asignación de la pérdida en caso de daños resultantes de actividades peligrosas. Se entiende que, en la mayoría de los casos, la ley sustantiva o aplicable a la solución de las demandas de indemnización puede implicar bien la responsabilidad civil, bien la responsabilidad criminal o ambos tipos de responsabilidad, lo cual dependerá de una serie de variables. Según el contexto y la jurisdicción implicada serán los principios de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, del derecho anglosajón o del derecho internacional privado los que rijan la determinación del foro o la ley aplicable. Por consiguiente, el régimen propuesto no es sólo general y supletorio sino también flexible, sin perjuicio de las reclamaciones que surjan ni de los procedimientos y la ley aplicables.

³⁴⁷ Birnie y Boyle han señalado, con respecto al proyecto de artículos sobre la prevención, que "... existen abundantes precedentes en los tratados y la jurisprudencia y en la práctica de los Estados que inducen a considerar... que las disposiciones del proyecto de convención de la Comisión constituyen una codificación del derecho internacional existente. Dichas disposiciones representan el estándar mínimo exigido a los Estados al gestionar riesgos transfronterizos y dar efectividad al principio 2 de la Declaración de Río", Patricia Birnie y Alan Boyle, *International Law & The Environment* (Oxford, 2002), (segunda ed.), pág. 113.

12) Por último, en lo concerniente a la forma del instrumento, se han expuesto hasta ahora opiniones diferentes. Por una parte, se ha propuesto que se redacte como un proyecto de artículos y represente así el equivalente del proyecto de artículos sobre la prevención tanto con respecto a la forma como al fondo.

13) Por otra parte, se ha señalado que, dado el carácter inevitablemente general y supletorio de sus disposiciones es más apropiado formularlas como un proyecto de principios.

Las características diferentes de cada actividad peligrosa quizá requieran la adopción de planteamientos distintos con respecto a disposiciones concretas. Además, las opciones o planteamientos pueden variar según los distintos ordenamientos jurídicos. Asimismo, las opciones y planteamientos que se adopten y su aplicación también pueden resultar influidos por las diferentes etapas de desarrollo económico de los países de que se trate.

14) En definitiva, la Comisión concluyó que el proyecto de principios recomendado tendría la ventaja de no exigir una armonización posiblemente inalcanzable de los sistemas jurídicos y los derechos nacionales. Se cree asimismo que será más fácil alcanzar el objetivo de una aceptación general de las disposiciones sustantivas si éstas se formulan como un proyecto de principios recomendado. Ahora bien, como se indica en la nota de pie de página correspondiente al título, la Comisión se ha reservado el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos.

Preámbulo

La Asamblea General,

Recordando los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando asimismo el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla las disposiciones del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Observando que como resultado de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños y graves pérdidas,

Preocupada por que se pongan en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar, en cuanto sea posible, que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daños o pérdidas como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional entre Estados,

Recordando la existencia de acuerdos internacionales que regulan categorías específicas de actividades peligrosas,

Deseando contribuir al desarrollo ulterior del derecho internacional en este campo,

...

Comentario

- 1) Hasta ahora, la Comisión solía presentar a la Asamblea General series de proyectos de artículo sin proyecto de preámbulo, dejando a los Estados la tarea de elaborarlo. Sin embargo, también existen precedentes de que la Comisión haya presentado un proyecto de preámbulo, como, por ejemplo, en el caso de los dos proyectos de convención para la supresión de la apatridia en el porvenir y para reducir los casos de apatridia, el de los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados y en el del proyecto de artículos sobre la prevención.
- 2) Como se ha señalado en la introducción, el primer párrafo del preámbulo comienza con una referencia a los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo³⁴⁸. En el principio 13 de la Declaración, que reitera el principio 22 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, se subraya la necesidad de desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. El principio 16 de la Declaración de Río se refiere al

³⁴⁸ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (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.

del fomento de la internalización de los costos ambientales, teniendo en cuenta el principio de quien contamina paga.

3) El segundo párrafo del preámbulo no necesita explicación. Vincula el presente proyecto de principios con el proyecto de artículos sobre la prevención. Los párrafos tercero, cuarto y quinto del preámbulo tratan de establecer las razones esenciales del presente proyecto de principios.

4) El sexto párrafo del preámbulo destaca que el proyecto de principios no afecta a la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de prevención según el derecho internacional.

5) Los tres últimos párrafos del preámbulo no necesitan explicación. El séptimo párrafo del preámbulo reconoce la importancia de la cooperación internacional en esta esfera. El octavo párrafo del preámbulo reconoce la existencia de acuerdos internacionales relativos a categorías específicas de actividades peligrosas. El último párrafo del preámbulo destaca la importancia de la presente labor para promover aún más el desarrollo del derecho internacional en este campo.

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) El proyecto de principio relativo al ámbito de aplicación se ha redactado de modo que tenga en cuenta el acuerdo a que se ha llegado de mantener también con respecto a los presentes principios sobre los daños transfronterizos (*transboundary damage*) el alcance del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo (*transboundary harm*) resultante de actividades peligrosas de 2001. La interrelación existente entre los conceptos de "prevención" y "responsabilidad" no necesita ser especialmente subrayada en relación con los trabajos de la

Comisión³⁴⁹. El proyecto de principio 1 determina que la materia objeto de los presentes principios son los daños transfronterizos (*transboundary damage*). El concepto de "daño transfronterizo" (tanto si se refiere al "*transboundary damage*" como al "*transboundary harm*") gira en torno a los daños causados en la jurisdicción de un Estado por actividades realizadas en otro Estado.

2) En el primer caso, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de artículos son las que entrañan "el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible". Dentro de esta categoría caben diferentes tipos de actividad. Como se desprende del título del proyecto de principios, abarca cualquier actividad peligrosa o extremadamente peligrosa que entrañe, como mínimo, el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Por actividad extremadamente peligrosa se entiende una actividad normalmente bien gestionada para que sea segura pero que entraña la posibilidad de materializarse en un daño de proporciones graves (más que sensibles, serias o sustanciales), las raras veces que se produce.

3) En las distintas etapas de la evolución del tema de la responsabilidad internacional por actividades de riesgo (*international liability*) se ha propuesto que esas actividades se enumeren en una lista y se otorgue la facultad de añadir o eliminar actividades. Como en el caso de los artículos sobre la prevención, la Comisión ha optado por prescindir de tal enumeración. La enumeración de actividades en una lista no deja de presentar problemas y, desde el punto de vista funcional, no se considera esencial. Es probable que una lista de ese tipo sea incompleta y que necesite rápidamente ser revisada a la luz de la constante evolución de la tecnología. Además, con excepción de ciertas actividades extremadamente peligrosas que son en su mayoría objeto de reglamentación especial, a saber, las relacionadas con la tecnología nuclear o con el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad depende principalmente de la aplicación de una tecnología determinada, del contexto específico en que se realiza y de la manera en que se ha llevado a cabo. Se estima que una lista genérica no podría abarcar esos

³⁴⁹ Véase la recomendación del Grupo de Trabajo de la Comisión de 2002, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 y corrección (A/57/10 y Corr.1)*, párrs. 447 y 448.

elementos. No obstante, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios ya están sujetas al requisito de autorización previa en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención.

4) Por otra parte, los Estados siempre tienen la posibilidad de indicar las actividades que caen dentro del ámbito del presente proyecto de principios mediante acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o de hacerlo en su legislación nacional³⁵⁰.

5) Las palabras "actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible" tienen un significado particular, que se entiende que abarca cuatro elementos: a) que las actividades no están prohibidas por el derecho internacional, b) que las actividades entrañan el riesgo de causar un daño sensible, c) que ese daño ha de ser transfronterizo y d) que el daño transfronterizo debe ser causado por esas actividades por sus consecuencias físicas. Todos esos elementos -el elemento de causa humana, el elemento de riesgo, el elemento (extra)territorial y el elemento físico-,

³⁵⁰ Por ejemplo, varios regímenes de responsabilidad regulan el tipo de actividades comprendidas dentro de su ámbito de aplicación: el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico, de 1992 [OMI 1] LDC.2/Circ.303; la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 1992 (doc. ENOBWA/R.54 y Add.1), reproducida en *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 1333; el anexo I del Protocolo sobre la responsabilidad civil y la indemnización en caso de daños causados por los efectos transfronterizos de accidentes industriales sobre las aguas transfronterizas, de 2003 (Protocolo de Kyiv de 2003), documento de la Comisión Económica para Europa, MP/WAT/2003/1 - CP.TEIA/2003/3, de 11 de marzo de 2003; el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (Convención de Lugano) (*European Treaty Series*, N° 150. Véase también *I.L.M.*, vol. 32 (1993), pág. 128), en el que se han identificado como actividades peligrosas las realizadas en las instalaciones o lugares para la eliminación total o parcial de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante incineración en tierra o en el mar, las instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante la reducción de oxígeno, etc.; en el anexo I de esta Convención figura también una lista de sustancias peligrosas. Véase también la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (*Diario Oficial*, L 143/56, 30.4.2004, vol. 47).

basados en el proyecto de artículos sobre la prevención y explicados en el contexto de éste, tienen que mantenerse³⁵¹.

6) Concretamente las palabras "actividades no prohibidas por el derecho internacional" se han incluido fundamentalmente para distinguir la aplicación del presente proyecto de principios de la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). La Comisión reconoció la importancia, no sólo de las cuestiones de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, sino también de las cuestiones relativas a la obligación de indemnizar por las consecuencias perjudiciales dimanantes de determinadas actividades, especialmente las que, a causa de su naturaleza, presentan ciertos riesgos. Ahora bien, teniendo en cuenta el fundamento totalmente diferente de la responsabilidad por riesgo y la naturaleza distinta de las normas que la rigen, así como su contenido y las formas que puede revestir, la Comisión decidió abordar los dos temas por separado³⁵². Es decir, que a los efectos del proyecto de principios, se centra la atención en las consecuencias de las actividades y no en la licitud de la actividad misma.

7) El presente proyecto de principios, como el proyecto de artículos sobre la prevención, versan sobre normas primarias. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de prevención que establece el proyecto de artículos sobre la prevención podría dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) sin que ello implique necesariamente que la actividad misma está prohibida³⁵³. En tal caso, se podría invocar la

³⁵¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 98, comentario del proyecto de artículo 1.

³⁵² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional...*, 1973, vol. II, párr. 38.

³⁵³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 98, comentario del artículo 1, párr. 6), pág. 423.

Véase también M. B. Akehurst, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), págs. 3 a 16; Alan E. Boyle, "State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 1 a 25; Karl Zemanek, "State Responsibility and Liability", en W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law* (1991), pág. 197; P. S. Rao, segundo informe

responsabilidad del Estado (*State responsibility*) para obtener el cumplimiento, no sólo de las obligaciones del Estado mismo, sino también de la responsabilidad civil u obligación del explotador³⁵⁴. En efecto, así quedó entendido con ocasión de los trabajos relativos al proyecto de artículos sobre la prevención³⁵⁵.

8) Se reconoció que podía producirse un daño a pesar del fiel cumplimiento de las obligaciones de prevención. El daño transfronterizo podía producirse por otras razones que no entrañaban la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). Por ejemplo, podía haber situaciones en que se hubieran adoptado medidas preventivas pero que, llegado el momento, éstas resultasen insuficientes, o en que el riesgo concreto que causaba el daño

sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, documento A/CN.4/501, párrs. 35 a 37. J. Barboza, "La responsabilité "causale" à la Commission du droit international", *A.F.D.I.* 1988, págs. 513 a 522; Ph. Cahier, "Le problème de la responsabilité pour risque en droit international", en *I.U.H.E.I., Les relations internationales dans un monde en mutation*, Sijthoff, Leyden, 1977, págs. 409 a 434; C.-G. Laubet, "Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas", *A.F.D.I.* 1983, págs. 99 a 120; D. Levy, "Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en droit international public", *R.G.D.I.P.* 1961, págs. 744 a 764; P. Strurma, "La responsabilité en dehors de l'illicite en droit international économique", *P.Yb.I.L.* 1993, págs. 91 a 112.

³⁵⁴ Véase P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (París, Pedone, 1977), pág. 319; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, primera parte (1983), pág. 50; A. Rosas, "State Responsibility and Liability under Civil Liability Regimes", en O. Bring and Said Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives* (Essays in honour of Jerzy Sztucki), (M. Nijoff, Boston, 1994) y Fouad Bitar, "Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle", *Etude des régimes de responsabilité* (París, Pedone, 1997), págs. 79 a 137. Sin embargo, los estándares relativos a la obligación de reparar, la carga de la prueba y las vías de recurso son diferentes según se trate de la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*responsibility*) o por el daño causado (*liability*). Véase asimismo P. M. Dupuy, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?", en *Revue générale de droit international public* (1997-4), págs. 873 a 903; Teresa A. Berwick, "Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes", *Georgetown International Environmental Review* (1998), págs. 257 a 267; y "A propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement", en *Les Hommes et l'environnement en hommage à Alexandre Kiss* (París, Frison-Roche, 1998).

³⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 443.

transfronterizo no se hubiese identificado en el momento de la autorización inicial y, por lo tanto, no se hubiesen adoptado las medidas preventivas apropiadas³⁵⁶. Dicho de otro modo, el daño transfronterizo podía producirse accidentalmente o podía tener lugar en circunstancias no previstas originalmente. Además, el daño podía producirse por haberse acumulado gradualmente efectos perjudiciales durante cierto período. Esta distinción ha de tenerse presente a los efectos de la indemnización. A causa de los problemas que implica probar el vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño sufrido, las demandas en este último caso no son corrientes³⁵⁷.

9) El presente proyecto de principios se centra en el daño causado, independientemente del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida enunciadas en el proyecto de artículos sobre la prevención. No obstante, cuando hay incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del Estado de origen, se puede presentar también una demanda invocando la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos además de la demanda de indemnización prevista en el presente proyecto de principios.

10) El segundo criterio es que las actividades a que se refiere este proyecto de principios son las que originalmente entrañaban el "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible".

La expresión "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" se define en el comentario al apartado a) del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención como "el que es poco probable que cause un daño transfronterizo catastrófico o el que es muy probable que cause un daño transfronterizo sensible"³⁵⁸. Así, pues, la expresión se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la magnitud de los efectos perjudiciales. Por

³⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 444.

³⁵⁷ Véase Peter Wetterstein "A Proprietary or Possessory Interest: A Condition *sine qua non* for claiming damage for environmental impairment", en Peter Wetterstein, *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage*, Clarendon Press, Oxford (1997), pág. 30. Véase también Xue Hanquin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, págs. 19 a 105 y 113 a 182.

³⁵⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 98, párrafo 1) del comentario del artículo 2, pág. 429.

consiguiente es el efecto combinado del "riesgo" y el "daño" el que produce un efecto que se considera sensible.

11) Se entiende que "sensible" es algo *más que "detectable" pero sin necesidad de alcanzar el nivel de "grave" o "sustancial"*³⁵⁹. El daño debe producir un efecto perjudicial real en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura en otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse mediante criterios fácticos y objetivos. La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas.

Las actividades lícitas que los Estados realizan en su territorio tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no puedan ser calificados de "sensibles", se consideran tolerables y no están comprendidos en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios.

12) El tercer criterio se refiere al carácter transfronterizo de los daños causados por las actividades realizadas. El "daño transfronterizo" se define en el proyecto de principio 2, que relaciona el daño transfronterizo con el territorio u otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en el que se lleva a cabo la actividad. De ese modo, este criterio abarca tres conceptos, es decir, el "territorio", la "jurisdicción" y el "control". Esos conceptos se definen en el proyecto de artículos sobre la prevención³⁶⁰. Las actividades deben realizarse en el territorio o, si no, en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado y tener repercusiones en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de otro Estado.

13) El cuarto criterio para delimitar el ámbito de aplicación del tema es que el daño transfronterizo sensible debe haber sido causado por las "consecuencias físicas" de las actividades realizadas. Así, el daño transfronterizo causado por las políticas del Estado en las esferas monetaria, socioeconómica u otras similares quedan excluidas del ámbito del tema³⁶¹.

³⁵⁹ *Ibíd.*, párrs. 4) y 5), págs. 430 y 431.

³⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 98, párrafos 7) a 12) del comentario del artículo 1, págs. 425 a 427.

³⁶¹ *Ibíd.*, párrs. 16) y 17), pág. 428.

14) Por último, el proyecto de principios versa sobre los "daños... causados" ("*damage caused*") por actividades peligrosas. En el presente contexto, la mención en el texto inglés del concepto más amplio de "*transboundary harm*" se ha mantenido cuando sólo se hace referencia al riesgo de daño y no a la fase ulterior en que el daño se ha producido efectivamente. En este último caso se emplea el término "*damage*". En inglés se introduce el término "*damage*" ("daño") para designar la especificidad del daño ("*harm*") transfronterizo que se ha producido efectivamente. Ese vocablo también tiene la ventaja de ser de uso común en inglés. Es el término empleado habitualmente en los regímenes de responsabilidad civil³⁶². La palabra

³⁶² El término "daño" ("*damage*") se define en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (documento UNEP-CHW.5/29); en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Kyiv de 2003; en el párrafo 7 del artículo 2 de la Convención de Lugano de 1993; en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) (documento de la OMI, LEG/CONF.10/8/2. Véase también *I.L.M.*, vol. 35 (1996), pág. 415), en el párrafo 10 del artículo 1 de la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, de 1989 (documento ECE/TRANS/79; véase también el texto en *Revue de droit uniforme* (UNIDROIT) 1989 (I), pág. 280). Véase asimismo el párrafo 2 del artículo 2 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (*Diario Oficial*, L 143/56, 30.4.2004, vol. 47); y el apartado a) del artículo I del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 961, pág. 187).

Los daños causados por la contaminación (*pollution damage*) se definen en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 973, pág. 3); en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos, de 1992 (documento de la OMI, LEG/CONF.9/15. Véase también Birnie and Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford, 1995, págs. 91 a 106); en el párrafo 9 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, de 2001 (documento de la OMI, LEG/CONF.12/DC/1); en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, de 1997 (*I.L.M.*, vol. 16 (1977), pág. 1451).

"transfronterizo" califica a "daño" para poner de relieve la orientación transfronteriza del ámbito de aplicación del presente proyecto de principios. En el texto inglés, la expresión "*in relation to*" referida a "*transboundary damage*" tiene como finalidad subrayar la amplia variedad de cuestiones relativas al daño que se abordan en el presente proyecto de principios y que van más allá del principio de la prestación de una pronta y adecuada indemnización.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

- a) Se entiende por "daño" un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:
 - i) La muerte o las lesiones corporales;
 - ii) La pérdidas de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;
 - iii) Una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;

Véase la definición de daños nucleares (*nuclear damage*), en el apartado k) del párrafo 1 del artículo I de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963 (*I.L.M.*, vol. 2 (1963), pág. 727); el apartado k) del párrafo 1 del artículo I del Protocolo de Enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 (*I.L.M.*, vol. 36 (1997), pág. 1462); el artículo 1 de la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, de 1997 (*I.L.M.*, vol. 36 (1997), pág. 1463); el inciso vii) del apartado a) del artículo I del Protocolo de 2004 por el que se enmienda el Convenio de París acerca de la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (www.nea.fr/html/law).

Véase además el párrafo 15) del artículo 1 de la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos de 1988 (*I.L.M.*, vol. 27 (1988), pág. 859) en el que se definen los daños (*damage*) al medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados; y la Convención sobre el derecho de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación, de 1997 (resolución 51/229, de 21 de mayo de 1997, de la Asamblea General); véase el texto en el documento de las Naciones Unidas A/51/869. Véase también *I.L.M.*, vol. 36 (1997), pág. 700), que en el artículo 7 trata de "impedir que se cause un daño sensible".

- iv) Los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;
- v) Los costos de medidas razonables de respuesta;
- b) El "medio ambiente" comprende: los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, y la interacción entre esos factores; y los aspectos característicos del paisaje;
- c) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades mencionadas en el proyecto de principio 1;
- d) Se entiende por "actividad peligrosa" una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas;
- e) Se entiende por "explotador" toda persona que dirija o controle la actividad en el momento en que se produzca el incidente causante del daño transfronterizo.

Comentario

1) La definición de daño (*damage*) es esencial a los efectos del presente proyecto de principios. Se distinguen los elementos del daño en parte para explicitar el fundamento de las demandas de daños y perjuicios. Antes de determinar los elementos del daño, es importante señalar que el daño, para poder ser indemnizado, debería alcanzar cierto umbral o límite que, a su vez, activaría la aplicación del presente proyecto de principios. Por ejemplo, el laudo dictado en el arbitraje de la *Fundición de Trail* concernía sólo a las "consecuencias graves" ("*serious consequences*") de la explotación de la fundición en el Trail³⁶³. El laudo dictado en el asunto del *Lago Lanós* se refería sólo a un perjuicio grave (*serious injury*)³⁶⁴. Algunas convenciones se han referido también a un daño (*harm or damage*) "sensible" ("*significant*"), "grave" ("*serious*") o "sustancial" ("*substantial*") como el umbral o límite más allá del cual pueden nacer pretensiones

³⁶³ *Trail Smelter Arbitration, U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1965.

³⁶⁴ *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, ibíd., vol. XII, pág. 281.

jurídicas³⁶⁵. El vocablo "sensible" ("*significant*") se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales³⁶⁶.

2) La determinación del "daño sensible" ("*significant damage*") supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formó ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse "sensible" porque, en ese momento preciso los conocimientos científicos o la valoración hecha por el hombre tal vez han considerado tolerable esa pérdida. Sin embargo, algún tiempo más tarde esta opinión podría cambiar y la misma pérdida ser considerada entonces un "daño sensible". La sensibilidad de la comunidad internacional a los niveles de contaminación del aire y el agua ha experimentado continuos cambios.

³⁶⁵ Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para Regular las Actividades relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos (*I.L.M.*, vol. 27 (1988), pág. 868); los párrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (*I.L.M.*, vol. 30 (1991), párr. 802); y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

³⁶⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 (Organización de los Estados Americanos, *Ríos y Lagos Internacionales*, 4ª ed., en 1971), pág. 132; el artículo 10 de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-second Conference* (Helsinki, 1966), pág. 496; el artículo 21 de las Normas [revisadas], de la Asociación de Derecho Internacional sobre la utilización equitativa y el desarrollo sostenible de las aguas (décimo proyecto, de febrero de 2004), www.ila.hq.org/pdf/water; los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; la recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza, 1974, párr. 6, OCDE, *Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, pág. 35, reproducido en *I.L.M.*, vol. 14 (1975), pág. 246; el Memorando de Intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 1980, 32 U.S.T., pág. 2541, T.I.A.S. N° 9856; y el artículo 7 del Acuerdo de 1983 entre México y los Estados Unidos para cooperación en la solución de los problemas ambientales en la zona fronteriza, *I.L.M.*, vol. 22 (1983), pág. 1025. Los Estados Unidos han utilizado asimismo el término "*significant*" ("sensible") en su derecho interno al tratar de cuestiones ambientales. Véase *American Law Institute, Restatement of the Law*, sec. 601, Reporter's Note 3, págs. 111 y 112.

3) El apartado a) define el "daño" ("*damage*") como un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente. Los incisos i) y ii) versan sobre los daños personales y materiales y los aspectos de pura pérdida económica, así como sobre los aspectos del patrimonio cultural nacional, que puede ser patrimonio del Estado. El daño no se produce aisladamente ni en un vacío sino que se irroga a alguien o a algo.

4) Así, en el inciso i) el daño a las personas comprende los supuestos de muerte o lesiones corporales, de lo que hay ejemplos en el derecho interno³⁶⁷ y en la práctica convencional³⁶⁸.

Incluso los regímenes de responsabilidad que tratan sólo de los daños ambientales, que no versan directamente sobre los daños causados a las personas, reconocen que se aplicarían otras

³⁶⁷ La Ley de responsabilidad ambiental de Alemania, por ejemplo, se aplica a todas las personas en caso de muerte o lesión corporal. La Ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Finlandia, el Código Ambiental de Suecia, la Ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Dinamarca comprenden las lesiones corporales.

³⁶⁸ Algunos regímenes de responsabilidad disponen lo siguiente: en el apartado k) del párrafo 1 del artículo I de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 1963, se define la expresión "daños nucleares" de modo que incluye "i) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales..."; el Protocolo de 1997 de enmienda de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (Convención de Viena de 1997) se refiere también, en relación con el apartado k) del párrafo 1 del artículo I de la Convención, a "i) la pérdida de vidas humanas o las lesiones corporales; ii) los daños o perjuicios materiales"; el inciso vii) del apartado a) del artículo I del Convenio de París sobre la Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear, de 2004, define el daño nuclear como: "1. muerte o daño físico a las personas; 2. pérdida o daño de los bienes ..."; la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales define el concepto de "daño" en el párrafo 10 del artículo 1 como: "a) muerte o lesiones corporales...; b) pérdidas o daños sufridos por los bienes..."; el Protocolo de Basilea define el daño en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 como: "i) Muerte o lesiones corporales; ii) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el presente Protocolo"; el Protocolo de Kyiv define el daño en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 2 como: "i) La pérdida de vidas humanas o todo perjuicio corporal; ii) La pérdida de bienes o los daños causados a bienes distintos de los bienes pertenecientes a la persona responsable de conformidad con el Protocolo"; la Convención de Lugano define el daño en el párrafo 7 del artículo 2 como: "a. La muerte o las lesiones corporales; b. Toda pérdida o todo daño causado a bienes distintos de la instalación misma o de los bienes que se hallen en el lugar de la actividad peligrosa y estén bajo el control del explotador".

normas³⁶⁹. Los regímenes que hacen caso omiso de esta cuestión tampoco parecen excluir totalmente la posible presentación de una demanda en relación con esta clase de daño³⁷⁰.

5) En el inciso ii) el daño a los bienes comprende las pérdidas o daños sufridos por los bienes. Éstos comprenden tanto los muebles como los inmuebles. Hay ejemplos en el derecho interno³⁷¹ y en la práctica convencional³⁷². Por consideraciones de principio, algunos regímenes de responsabilidad excluyen los daños causados a los bienes de la persona responsable. El autor de un hecho ilícito no puede beneficiarse de su propio hecho. El inciso ii) del apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea, el apartado b) del párrafo 7 del artículo 2 de la Convención de Lugano y el inciso ii) del apartado d) del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Kyiv contienen disposiciones al efecto.

6) Tradicionalmente, los derechos reales se refieren más a los derechos privados de los individuos que a los derechos públicos. Un particular no tendría dificultad para interponer una demanda relativa a sus derechos personales o reales. Se trata de demandas relacionadas con la posesión o la propiedad en caso de muerte o lesiones corporales, o de pérdida de bienes o daños causados a los bienes. Además, la legislación sobre los actos ilícitos civiles suele aplicarse también a los daños que pueden tener relación con el medio ambiente. Así ocurre con los daños a los bienes, las lesiones corporales o algunos aspectos de las pérdidas puramente económicas

³⁶⁹ La directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.

³⁷⁰ Los daños de contaminación se definen en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 973, pág. 3); y en el párrafo 9 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos, de 1992 (documento de la OMI LEG/CONF.9/15).

³⁷¹ Por ejemplo, la Ley finlandesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente, comprende los causados a los bienes; el capítulo 32 del Código sueco del medio ambiente prevé también la indemnización de los daños causados a los bienes; y la Ley danesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente comprende los causados a los bienes.

³⁷² Véase *supra* los ejemplos mencionados en la nota 368.

sufridas como consecuencia de un daño causado al medio ambiente. A este respecto, con frecuencia se distingue entre las pérdidas consecuentes y las puramente económicas³⁷³.

7) Las pérdidas económicas consecuentes son resultado de una muerte o lesiones corporales, o de daños causados a los bienes. Por ejemplo, con arreglo a la sección 2702 b) de la Ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos, cualquier persona puede exigir reparación por todo daño o la pérdida económica resultante de la destrucción de bienes reales o personales, que serán recuperables por un demandante que sea propietario o arrendatario de esos bienes. Esa subsección establece igualmente que cualquier persona podrá obtener "una indemnización de daños y perjuicios equitativamente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos debido* al daño, la destrucción o la pérdida de bienes reales, bienes personales...". De igual modo, el artículo 252 del Código Civil alemán prevé la indemnización de toda pérdida de ganancias. A los efectos del presente proyecto de principios, ese tipo de daño quedará comprendido en los incisos i) y ii)³⁷⁴. Hay, pues, diferentes maneras de

³⁷³ Bjorn Sandvik y Satu Suikkari, "Harm and Reparation in International Treaty regimes: An Overview", en Peter Wetterstein, *Harm to the Environment... op. cit.*, pág. 57. Véase en general Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment (2001)*, Kluwer Law International, págs. 9 a 63. Véase también Julio Barboza, Relator Especial, 11º informe, documento A/CN.4/468 (1995).

³⁷⁴ Véase, por ejemplo, el apartado k) del párrafo 1 del artículo I del Protocolo de enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963, que dice que se entenderá por daños nucleares... cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) o ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dicha pérdida o daños; ... vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente... Véase también el artículo 1 de la Convención sobre la indemnización suplementaria por daños nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: ... iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dichas pérdidas o daños; ... vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente. El inciso vii) del artículo I del Protocolo que modifica el Convenio de París de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de

enfocar la indemnización por lucro cesante. Sin embargo, a falta de una disposición legal específica sobre las reclamaciones por pérdida de beneficios, sería razonable esperar que si un incidente relativo a una actividad de riesgo causara directamente una grave pérdida de ingresos a una víctima, el Estado interesado actuase para que la víctima no tuviera que soportar sin ayuda esa pérdida.

8) En cambio, la pérdida puramente económica no se vincula a las lesiones corporales ni a los daños causados a los bienes. Un derrame de petróleo frente a la costa puede entrañar inmediatamente una pérdida comercial para la industria del turismo y la industria pesquera dentro de la zona del incidente. Esos siniestros han dado pie a demandas por pérdidas puramente económicas que no han tenido demasiado éxito. Sin embargo, algunas leyes internas y algunos regímenes de responsabilidad por daños reconocen hoy que esos daños son indemnizables. La subsección 2702 b) de la Ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos dispone que cualquier persona podrá obtener "una indemnización de daños y perjuicios equivalente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos debido al daño, la destrucción o la pérdida de... recursos naturales*". La Ley de indemnización de daños ambientales de Finlandia comprende también las pérdidas puramente económicas, salvo cuando éstas sean insignificantes. El capítulo 32 del Código del Medio Ambiente de Suecia dispone asimismo que las pérdidas puramente económicas, si no se deben a un comportamiento delictivo, sólo son indemnizables en la medida en que sean importantes. La Ley de indemnización de daños ambientales de Dinamarca comprende las pérdidas económicas y los costos razonables de las medidas preventivas o de restauración del medio ambiente. En cambio, la Ley de responsabilidad ambiental de Alemania no comprende las pérdidas puramente económicas³⁷⁵.

energía nuclear dice que daño nuclear significa: cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del tribunal competente, ... 3) toda pérdida económica que se derive de un daño incluido en los apartados 1 y 2 anteriores, siempre que no esté comprendida en dichos apartados, si dicha pérdida ha sido sufrida por una persona que legalmente esté facultada para demandar la reparación de los daños citados.

³⁷⁵ Véase en general Peter Wetterstein, "Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany", en Michael Bowman y Alan Boyle, *Environmental Damage in*

9) El inciso iii) del apartado d) del artículo 2 del Protocolo de Kyiv y el inciso iii) del apartado d) del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea comprenden las pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente en que se incurre como resultado de un deterioro ambiental, teniendo en cuenta los ahorros y los costos. A los fines del presente proyecto de principios, este tipo de daños queda comprendido en el inciso iii)³⁷⁶.

10) El inciso ii) comprende también los bienes que formen parte del patrimonio cultural. Los bienes del Estado incluyen el patrimonio cultural nacional. Éste abarca elementos muy diversos, entre ellos monumentos, edificios y lugares, mientras que el patrimonio natural denota accidentes y lugares naturales y formaciones geológicas y fisiológicas. Su valor estriba en su importancia histórica, artística, científica, estética, etnológica o antropológica, o en su estado de conservación o belleza natural. La Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de 1972, da una amplia definición de patrimonio cultural³⁷⁷. Sin embargo, no

International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation (Oxford, University Press), 2002, págs. 222 a 242.

³⁷⁶ Véase también el apartado k) del párrafo 1 del artículo I del Protocolo de enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963, que dice que se entenderá entre ellos cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: ... v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no está incluido en el inciso ii). Véase también el artículo 1 de la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: ... v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el inciso ii). El inciso vii) del artículo I del Protocolo que modifica el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear dice que daño nuclear significa cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del tribunal competente: ... v) el lucro cesante directamente relacionado con un uso o disfrute del medio ambiente que resulte de una degradación significativa del mismo, siempre que no esté incluido en el párrafo 2 anterior; ...

³⁷⁷ *II I.L.M.* (1972) 1294. El artículo 1 dice que, a los efectos de la Convención, se considerará "patrimonio cultural":

todos los regímenes de responsabilidad civil incluyen los aspectos relativos al patrimonio cultural en este apartado. Por ejemplo, la Convención de Lugano incluye en su definición de "medio ambiente" los bienes que forman parte del patrimonio cultural³⁷⁸.

11) Respetar y salvaguardar el patrimonio cultural son consideraciones primordiales tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado. Este principio se afirma en la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado³⁷⁹. Además, el derecho internacional humanitario prohíbe las hostilidades contra monumentos históricos y obras de arte que constituyan el patrimonio cultural de los pueblos³⁸⁰.

-
- Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;
 - Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;
 - Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Véase también la definición de bienes culturales del artículo 1 de la Convención de La Haya, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, que comprende esencialmente los bienes muebles e inmuebles de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. Véase asimismo la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 1970. Véase además la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, MISC/2003/CLT/CH/14, de 17 de octubre de 2003.

³⁷⁸ Véase también el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

³⁷⁹ Hecha en La Haya el 14 de mayo de 1954.

³⁸⁰ Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra: artículo 53 del Protocolo I y artículo 16 del Protocolo II. Véanse también los Convenios de La Haya de 1907, en particular el Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento (artículos 27 y 56 del Reglamento) y el Convenio IX, relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (art. 5), así como el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la

12) El inciso iii) se ocupa de las cuestiones relativas a los daños al medio ambiente *per se*. Se trata de los daños causados al medio ambiente mismo, sin relacionarlos en modo alguno con los daños causados a las personas o los bienes. En el caso de los daños causados al medio ambiente *per se* no es fácil determinar la capacidad procesal. El medio ambiente no pertenece a nadie. En general se considera bien común (*res communis omnium*) y no de libre posesión privada, en contraposición a la *res nullius*, es decir, el bien que no pertenece a nadie sino que es de libre posesión privada. Una persona no tiene un derecho individual sobre esos bienes comunes y normalmente no tendría capacidad para interponer una demanda con respecto a los daños causados a esos bienes³⁸¹. Además, no siempre resulta fácil determinar quién puede resultar lesionado por la pérdida de valores ecológicos o estéticos, a los efectos de presentar una demanda. Por el contrario, los Estados tienen esos bienes en fideicomiso y, normalmente, se ha reconocido capacidad para interponer este tipo de demandas a los poderes públicos o, más recientemente, a los grupos de interés³⁸².

13) Los incisos iii) a v) tratan de las reclamaciones que normalmente guardan relación con los daños ambientales. En el apartado b) figura una definición del medio ambiente. Puede considerarse que todas estas disposiciones forman parte de un concepto único. En conjunto, constituyen los elementos esenciales de una definición de daños al medio ambiente. El concepto

protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 29 de marzo de 1999, www.unesco.org/culture/laws/hague.

³⁸¹ En *Burgess c. M/V Tamano*, 370 F. Supp (1973) 247 en 247, el tribunal señaló que "Resulta también indiscutible que el derecho de criar o recoger almejas... no es un derecho privado de ninguna persona individual, sino un derecho público que corresponde al Estado "en beneficio común de la población"..."

³⁸² En virtud de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980 (CERCLA), 42 U.S.C.A., secs. 9601 y ss.; la *Clean Water Act* de 1977, 33 U.S.C.A., sec. 1321; y de la *Oil Pollution Act* de 1990, 33 U.S.C.A., secs. 2701 y ss., el Congreso de los Estados Unidos "autorizó a ciertos organismos estatales encargados de gestionar los recursos naturales para actuar como fideicomisarios (*trustees*) para evaluar los daños y obtener su indemnización... El fideicomiso público (*public trust*) se define en forma amplia y versa sobre los "recursos naturales" del Estado federal, de los Estados, de gobiernos locales o de tribus indias, bien sean de su propiedad, o bien sean administrados o mantenidos en fideicomiso (*trust*) por ellos, o dependan de ellos o estén bajo su control".

de daño al medio ambiente se recoge en varios regímenes de responsabilidad por el daño causado³⁸³. El medio ambiente puede definirse de diferentes formas para fines diferentes, y es aconsejable tener en cuenta que no existe una definición universalmente aceptada. No obstante, se considera útil dar una definición de trabajo a los efectos del presente proyecto de principios, lo que servirá para situar en perspectiva el ámbito de las medidas correctivas necesarias con respecto a los daños ambientales³⁸⁴.

14) El apartado b) define el "medio ambiente". El medio ambiente podría definirse de una forma restringida, limitada exclusivamente a los recursos naturales, como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora, y su interacción. Una definición más amplia podría abarcar también los valores ambientales. La Comisión ha optado por incluir en la definición estos últimos, incluidos los que no tienen una utilidad práctica, como los aspectos estéticos del paisaje³⁸⁵. Ello incluye el disfrute de la naturaleza por su belleza natural y los atributos y oportunidades de recreo que la

³⁸³ Véase, por ejemplo, la Convención de Lugano (art. 2, párr. 7 d)); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (art. 1 c), 31 *I.L.M.* (1992), 818); la Convención de 1992 de la CEE sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (art. 1, 2), *I.L.M.* (1992) 1312); la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (CRAMRA) (art. 8, 2 a), b) y d)); el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables (CRTD) (art. 9, c) y d)); el Protocolo de Basilea (art. 2, 2) c) iv) y v)); y el Protocolo de Kyiv (art. 2, d), iv) a v).

³⁸⁴ Véase el Libro verde de las Comunidades Europeas sobre reparación del daño ecológico, COM (93) 47 final, 14 de mayo de 1993, pág. 10. Véase también el artículo 2 de la directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental.

³⁸⁵ Véase un análisis de los principios que inspiran los regímenes de reparación de los daños causados a la biodiversidad en Michael Bowman, "Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and Valuation of Environmental Harm", Michael Bowman y Alan Boyle, *Environmental Damage... op. cit.*, págs. 41 a 61. El artículo 2 de la Convención de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural dice que se considerará "patrimonio natural" los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o los grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; y los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural".

acompañan. Este enfoque más amplio se justifica por el carácter general y supletorio del presente proyecto de principios³⁸⁶.

15) Además, al adoptar ese enfoque holístico, la Comisión, por utilizar las palabras de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*³⁸⁷:

tiene en cuenta que, en materia de protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter con frecuencia irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo mismo de la reparación de ese tipo de daños³⁸⁸.

16) Por otra parte, una definición más amplia atenuaría toda limitación impuesta por los regímenes de responsabilidad a las medidas correctivas aceptables, como reflejan los incisos iv) y v).

17) Así, la referencia hecha en el apartado b) a "los recursos naturales... y la interacción" entre esos factores remite al concepto habitual del medio ambiente dentro de un ecosistema protegido³⁸⁹, mientras que la referencia a "los aspectos característicos del paisaje" denota un

³⁸⁶ Véase un examen conciso de los diferentes enfoques de la definición de daños ambientales en Philippe Sands, *Principles of Environmental Law*, segunda edición (2003), págs. 876 a 878.

³⁸⁷ *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, I.C.J. Reports 1997, pág. 7.

³⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 141 y 142. A este respecto, la Corte mencionó también la necesidad de tener presentes los intereses generacionales e intrageneracionales y la exigencia contemporánea de promover el concepto de desarrollo sostenible.

³⁸⁹ Con arreglo al artículo 2 del Convenio sobre la diversidad biológica, "por "ecosistema" se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional". De conformidad con la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (CRAMRA):

"Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados significa cualquier impacto sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo el perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera que

concepto más amplio del medio ambiente³⁹⁰. La definición de recursos naturales comprende los recursos naturales vivos y no vivos, incluidos sus ecosistemas.

18) El inciso iii) se refiere a la forma que el daño sufrido por el medio ambiente podría adoptar. Esa forma comprende "[u]na pérdida o un daño resultante del deterioro". Por deterioro se entiende un perjuicio, una modificación, una alteración, un menoscabo, una destrucción o una pérdida. Todo lo cual implica una disminución perjudicial de la calidad, el valor o la excelencia. Como se señala en el párrafo 9) *supra*, las reclamaciones por lucro cesante directamente derivado de un interés económico en el uso del medio ambiente en que se incurre como resultado de un deterioro ambiental pueden quedar comprendidas en este apartado.

19) Cabe señalar que la referencia a "los costos de las medidas razonables de restablecimiento" del inciso iv), y los costos razonables de "limpieza", relacionados con "los costos de medidas razonables de respuesta" del inciso v) son conceptos modernos. Esos elementos del daño han sido reconocidos más recientemente porque, como señala un tratadista, "hay un desplazamiento

exceda de lo desestimable o que ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención."

Véase también el artículo 3, párr. 1, del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, 30 *I.L.M.* (1991) 1461.

³⁹⁰ El párrafo 10 del artículo 2 de la Convención de Lugano contiene una lista no exhaustiva de componentes del medio ambiente que incluye: "los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y flora, y la interacción entre esos factores; los bienes que forman parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje"; el apartado c) del artículo 1 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refiere a las consecuencias nocivas de los accidentes industriales sobre: "i) los seres humanos, la flora y la fauna; ii) el suelo, el agua, el aire y el paisaje; iii) la interacción entre los factores a que se refieren los puntos i) y ii); iv) los bienes materiales y el patrimonio cultural, incluidos los monumentos históricos"; el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dice que "esos efectos sobre el medio ambiente incluyen los efectos sobre la seguridad y la salud humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y monumentos históricos u otras estructuras físicas o la interacción entre los mencionados factores; también incluyen efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas que se deriven de alteraciones de dichos factores". Véase también el artículo 2 de la directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental.

de la atención hacia el daño al medio ambiente en sí mismo, en lugar de centrarse principalmente en el daño a las personas y los bienes"³⁹¹. El inciso iv) aclara que los costos de las medidas razonables de restablecimiento serán reembolsables como parte de las demandas de indemnización con respecto a los daños transfronterizos. La práctica convencional reciente suele reconocer la importancia de esas medidas, pero deja al derecho interno la tarea de determinar quién puede estar facultado para adoptarlas. Estas medidas se han descrito como toda medida razonable orientada a evaluar, restablecer o rehabilitar los elementos dañados o destruidos del medio ambiente o, cuando no sea posible, introducir en el medio ambiente, si resulta adecuado, el equivalente de esos elementos³⁹².

20) El adjetivo "razonable" tiene por objeto indicar que los costos de esas medidas no deberían ser excesivamente desproporcionados con respecto a la utilidad resultante. En el asunto *Estado Libre Asociado de Puerto Rico c. Zoe Colocotroni*, el Tribunal de Apelación del Primer Circuito de los Estados Unidos manifestó:

³⁹¹ Louise de la Fayette, "The Concept of Environmental Damage in International Law", en Michael Bowman y Alan Boyle, *Environmental Damage... op. cit.*, págs. 149 a 190, en las págs. 166 y 167.

³⁹² Véase, por ejemplo, el inciso iv) del apartado k) del párrafo 1 del artículo I del Protocolo de enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963, que dice: "el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, a menos que el deterioro sea insignificante, siempre que esas medidas realmente se hayan adoptado o hayan de adoptarse, y en la medida en que no esté incluido en el apartado ii)"; el artículo 1 v) de la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares de 1997 dice: "el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el apartado ii)"; el Convenio de París de 2004 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (art. I, vii), 4) dice: "el coste de las medidas de restauración del medio ambiente degradado, excepto si dicha degradación es insignificante, si tales medidas han sido efectivamente adoptadas o deban serlo y en tanto dicho coste no esté incluido en el apartado 2 anterior". El artículo 1, párr. 6, del Convenio de 1992 sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos se refiere al deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, y dice que estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. Véase también el artículo 2, 2), c), iv) y d) del Protocolo de Basilea, el artículo 2, 7), c) y 8) de la Convención de Lugano y el artículo 2, 2), d), iv) y g) del Protocolo de Kyiv.

"[Los costos resarcibles son costos] en que se ha incurrido razonablemente... para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en la zona afectada hasta que recupere su estado anterior o el estado más cercano posible al anterior, sin que se efectúen unos gastos considerablemente desproporcionados. Al determinar ese remedio se deben tener en cuenta las medidas que un soberano u organismo razonable y prudente tomaría para mitigar el daño causado por la contaminación, prestando atención a factores como la viabilidad técnica, los efectos secundarios nocivos, la compatibilidad con esa regeneración o la duplicación de esa regeneración que se prevea naturalmente, y el grado en que los esfuerzos más allá de cierto punto resultarían redundantes o desproporcionadamente caros."³⁹³

21) El inciso v) incluye los costos de medidas razonables de respuesta como elemento admisible de las demandas de reparación de los daños transfronterizos. La práctica convencional reciente tiende a reconocer la importancia de esas medidas, pero deja al derecho interno la determinación de quién tendrá derecho a adoptarlas³⁹⁴. Esas medidas comprenden todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, incluidos los poderes públicos, a raíz de haberse producido un daño transfronterizo, para prevenir, minimizar o mitigar las posibles

³⁹³ 628 F. 2 d, pág. 652 (Primer Circuito, 1980), citado en Colin de la Rue, "Environmental Damage Assessment", en Ralph P. Kroner (eds.), *Transnational Environmental Liability and Insurance*, (1993), pág. 71.

³⁹⁴ Véase, por ejemplo, el Protocolo de enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963, artículo I, párrafo 1, k) vi): "los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas"; la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, artículo 1, vi): "los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas"; el Protocolo que modifica el Convenio sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960, artículo I, vii), 6): "el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas, tratándose de los apartados 1 a 5 anteriores, en la medida en que la pérdida o daño se derive o resulte de radiaciones ionizantes emitidas por una fuente de radiaciones que se encuentre en el interior de una instalación nuclear, o emitidas por combustibles nucleares o productos de desechos radiactivos". El artículo 1, párrafo 6 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1992 se refiere al costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas. Véase también el artículo 2, 2), c) v) y d) del Protocolo de Basilea, el artículo 2, 7), d) y 9) de la Convención de Lugano, y el artículo 2, 2), d) v) y h) del Protocolo de Kyiv.

pérdidas o daños o para realizar una limpieza ambiental. Las medidas de respuesta deben ser razonables.

22) El apartado c) define el "daño transfronterizo". Se refiere a los daños causados en un Estado como consecuencia de un accidente o incidente relacionado con una actividad peligrosa en otro Estado. Este concepto se basa en las nociones bien establecidas de territorio, jurisdicción y control de un Estado. En ese sentido, se refiere a los daños causados en el territorio o en otros lugares situados fuera del territorio pero bajo la jurisdicción o control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades peligrosas. Es indiferente que los Estados interesados compartan o no una frontera. La definición incluye, por ejemplo, las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado en sus buques o plataformas en alta mar que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control.

23) Se pretende que la definición delimite y distinga claramente el Estado bajo cuya jurisdicción o control se realice una actividad comprendida en el ámbito de este proyecto de principios del Estado que haya sufrido los efectos nocivos. A los efectos de los presentes principios podrían utilizarse distintas expresiones. Entre ellas, las definidas en el proyecto de artículos sobre prevención, como la de "Estado de origen" (el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1), y la de "Estado que pueda resultar afectado" (el Estado en cuyo territorio o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control existe el riesgo de daño transfronterizo sensible, y puede haber más de un Estado que pueda resultar afectado en virtud de una actividad determinada). Además, podrían usarse también la de "Estado del daño" (el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares se produzca el daño transfronterizo) y la de "Estados interesados" (el Estado de origen, el Estado que pueda resultar afectado y el Estado del daño). Esas expresiones no se han empleado en el presente proyecto de principios, pero se han utilizado en distintos pasajes del comentario cuando era procedente.

24) Como ocurre con frecuencia, los incidentes comprendidos en el ámbito del presente proyecto de principios pueden producir víctimas tanto en el Estado de origen como en los otros

Estados del daño. Con respecto a la indemnización, especialmente en lo que se refiere a los fondos que hay que crear en beneficio de las víctimas, de conformidad con el principio 4 *infra*, cabría prever una indemnización por los daños sufridos en el Estado de origen. El artículo XI del Convenio de Viena de 1997 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear prevé ese sistema³⁹⁵.

25) El apartado d) define la expresión "actividad peligrosa" como una actividad que entrañe un riesgo de causar daños transfronterizos por sus consecuencias físicas. En el comentario del proyecto de principio 1 se ha explicado el sentido y alcance de esos términos.

26) En el apartado e) se define al "explotador". Se trata de una definición funcional: la persona que dirija o controle la actividad.

27) No existe una definición general de "explotador" en derecho internacional. El término, sin embargo, se emplea en el derecho interno³⁹⁶ y en la práctica convencional. En ésta, los regímenes de reparación de los daños nucleares imponen la responsabilidad al explotador³⁹⁷. Sin

³⁹⁵ 36 *I.L.M.* (1997) 1473.

³⁹⁶ Véase por ejemplo la Ley sobre la contaminación causada por hidrocarburos de los Estados Unidos de 1990 (OPA), con arreglo a la cual se puede considerar responsables a las personas siguientes: a) las partes responsables como el propietario o el explotador de un buque, una instalación costera o en alta mar, un puerto de aguas profundas o unas tuberías; b) el "garante", la "persona distinta de la parte responsable que avala pruebas de la responsabilidad financiera de una parte responsable"; y c) los terceros (personas distintas de las mencionadas en las dos primeras categorías, sus agentes o empleados o sus contratistas independientes, cuya conducta sea la causa única de los perjuicios). Véase también la CERCLA (42 U.S.C.A., sec. 9601 2) A)).

³⁹⁷ Véase, por ejemplo, el Convenio de París de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y Protocolo que modifica el Convenio sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 2004 (*explotador de una instalación nuclear*) (art. 1 común, párr. 2): explotador con respecto a una instalación nuclear significa la persona designada por la autoridad pública competente como explotador de dicha instalación nuclear (art. 1 común, vi)); la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (explotador) (art. IV); el Protocolo de enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 ("explotador") (art. 1 c)); y la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (*explotador de buques nucleares*) (art. II). Véase también el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables que define al transportista en relación con

embargo, la definición de explotador varía según la naturaleza de la actividad. La atribución de la responsabilidad a una sola entidad, el propietario o el explotador, es lo que caracteriza a los regímenes de responsabilidad causal. Por ello, puede señalarse específicamente a una persona distinta del explotador como responsable, en función de los intereses que intervienen en una actividad peligrosa determinada. Por ejemplo, en la Conferencia de 1969 que condujo a la aprobación del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, existía la posibilidad de imputar la responsabilidad al propietario del buque, al propietario de la carga o a ambos³⁹⁸. Sin embargo, en virtud de un acuerdo de transacción, se convino en establecer la responsabilidad objetiva del propietario del buque. La expresión "que dirija" connota la capacidad para utilizar o controlar algún medio. Puede incluir a la persona que utilice una aeronave en el momento del daño, o al propietario de la aeronave si ha conservado los derechos de navegación³⁹⁹.

los buques de navegación interior como la persona que en el momento del incidente controle la utilización del vehículo a bordo del cual se transportan las mercancías peligrosas (art. 1, párr. 8); el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos que define al explotador de una instalación en la plataforma continental de forma que incluye, a falta de una designación por una de las partes contratantes, a la persona que ejerza el control general de las actividades realizadas en la instalación (art. 1, párr. 3); y en virtud de la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad medioambiental, que atribuye la responsabilidad al *operador*, este término incluye a cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle la actividad profesional.

³⁹⁸ Véase LEG/CONF/C.2/SR.2 a 13, citado en David W. Abecassis y Richard L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships*, segunda edición (1985), pág. 253. Algunos regímenes que atribuyen la responsabilidad al propietario del buque son el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992 (art. III, párr. 1); el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, de 2001 (art. III); y el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, de 1966 (art. 7, párr. 1).

³⁹⁹ Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, de 1952, art. 12.

28) El término "control" denota la facultad o la autoridad para gestionar, dirigir, regular, administrar o supervisar⁴⁰⁰. Puede incluir a la persona que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para ella, o la persona que registre o notifique tal actividad⁴⁰¹. Puede incluir también a una empresa matriz u otra entidad conexas, persona jurídica o no, si esa entidad dirige realmente la explotación⁴⁰². Un explotador puede ser una entidad pública o privada. Se prevé que un Estado pueda ser explotador a los efectos de la presente definición.

29) La frase "en el momento en que se produzca el incidente" tiene por objeto establecer una conexión entre el explotador y el daño transfronterizo.

Principio 3

Objetivo

El presente proyecto de principios tiene por objeto garantizar una pronta y adecuada indemnización a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente.

⁴⁰⁰ La definición de propietario del buque del Convenio de responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques es amplia. Incluye al propietario inscrito, el fletador a casco desnudo, el armador gerente y el explotador del buque (art. 1, párr. 3).

⁴⁰¹ Directiva sobre responsabilidad medioambiental de la Unión Europea, art. 2, párr. 6.

⁴⁰² En virtud del artículo 8 de la CRAMRA, la responsabilidad principal corresponde al *explotador*, que se define como una parte o agencia o instrumento de una parte, o una persona jurídica establecida en virtud del derecho de una parte, o una empresa mixta compuesta exclusivamente de cualquier combinación de esos elementos (art. 1, 11)). De conformidad con la sección 16.1 de las Cláusulas uniformes del contrato para la exploración anexo al Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona, de 13 de julio de 2000, el *contratista* será responsable del monto efectivo de los daños y perjuicios, incluidos los causados al medio marino, derivados de actos u omisiones ilícitos cometidos por él o por su empleados, sus contratistas, agentes y personas que trabajen para ellos o actúen en su nombre (ISBA/6/A/18, anexo, cláusula 16).

Comentario

1) El objetivo principal del presente proyecto de principios es ofrecer una indemnización de una manera previsible, equitativa, rápida y eficaz con relación a los costos. El presente proyecto tiende también a la consecución de otros objetivos, entre ellos: a) ofrecer incentivos al explotador y a otras personas o entidades interesadas para evitar los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas; b) promover la cooperación entre los Estados para resolver las cuestiones relativas a la indemnización de manera amistosa; y c) preservar y promover la viabilidad de actividades económicas que son importantes para el bienestar de los Estados y los pueblos.

2) El objetivo decisivo de garantizar la protección de las víctimas de un daño transfronterizo por medio de la indemnización ha sido un elemento esencial desde el comienzo del estudio de este tema por la Comisión. En su plan esquemático, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter también hizo hincapié en la necesidad de proteger a las víctimas, lo que exigía "medidas de prevención para evitar en lo posible un riesgo de pérdida o daño, y cuando ello no sea posible, medidas de reparación", y en que "... no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado..."⁴⁰³. El proyecto de artículos sobre la prevención ya ha atendido la primera de ambas consideraciones.

3) No se consideró necesaria una definición formal del término "víctima", pero, a los efectos de los presentes principios, ese término comprende a las personas naturales y jurídicas, incluidos los Estados como custodios de los bienes públicos. Esta excepción está relacionada con la definición de daño que figura en el proyecto de principio 2, que incluye el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, y puede deducirse de ella⁴⁰⁴. Un grupo de personas o municipios también puede ser víctima. En el asunto *In the Matter of the people of Enewetak*

⁴⁰³ *Anuario...*, 1982, vol. II (Primera parte), pág. 76, documento A/CN.4/360*, párr. 53, sec. 5 (párrs. 2 y 3).

⁴⁰⁴ Con respecto a la definición de víctima en el derecho penal internacional, véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985. Véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 79.

sustanciado ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, establecido con arreglo a la Ley del Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall de 1987, el Tribunal examinó las cuestiones de la indemnización a los habitantes de Enewetak con respecto a: la privación pasada y futura del uso del atolón de Enewetak; la recuperación de Enewetak hasta devolverlo a un estado seguro y productivo; las dificultades que había padecido la población de Enewetak como resultado de su reubicación derivada de la privación de uso ocasionada por los ensayos nucleares realizados en el atolón⁴⁰⁵. En el litigio relativo al *Amoco Cádiz*, después del naufragio del superpetrolero Amoco Cádiz frente a las costas de Bretaña, los departamentos administrativos de Côtes du Nord y Finistère y muchos municipios ("*communes*"), así como varias empresas, asociaciones y particulares franceses, demandaron al dueño del Amoco Cádiz y su sociedad matriz en los Estados Unidos. Las demandas comprendían el lucro cesante. El propio Gobierno francés presentó demandas para el resarcimiento de los daños causados por la contaminación y del costo de la limpieza de las costas⁴⁰⁶.

4) El significado de víctima también se relaciona con la cuestión de la capacidad procesal. Algunos regímenes de responsabilidad, como el Convenio de Lugano y la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad medioambiental asignan capacidad procesal a las

⁴⁰⁵ 39 *I.L.M.* (2000) 1214. En diciembre de 1947 la población fue trasladada desde el atolón de Enewetak al atolón de Ujelang. En el momento del traslado el atolón contaba con 1.919,49 acres. A la fecha del regreso, el 1º de octubre de 1980, se habían efectuado 43 ensayos de dispositivos atómicos, y en ese momento 815,33 acres se devolvieron al uso, otros 949,8 acres no estaban disponibles para el uso o los 154,36 acres restantes se habían evaporado.

⁴⁰⁶ *Re Oil Spill by the Amoco Cadiz off the coast of France on 16 March 1978*, MDL Docket N° 376 NDIII, 1984, *American Maritime Cases*, 2123-2199. Véanse Maria Clara Maffei, "The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" case"; Francesco Francioni y Tullio Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm* (1991), pág. 381. Véase también, con respecto a la cuestión del vertimiento de petróleo por el *Amoco Cádiz* frente a las costas de Francia el 16 de marzo de 1978, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. 954 F.2d 1279; 1992 U.S. App. LEXIS 833; 1992 AMC 913; 22 ELR 20835. 12 de junio de 1991.

organizaciones no gubernamentales⁴⁰⁷. La Convención de Aarhus sobre acceso a la información, participación del público en la adopción de decisiones y acceso a la justicia en cuestiones ambientales, de 1998, también otorga capacidad procesal a las organizaciones no gubernamentales para actuar en defensa de los intereses medioambientales públicos⁴⁰⁸. Víctimas pueden ser también las personas designadas por las leyes nacionales para actuar como fideicomisarios públicos para salvaguardar esos recursos y que, por lo tanto, tienen capacidad para litigar. El concepto de fideicomiso público (*public trust*) ha permitido, en muchos países, conferir a diferentes personas determinada capacidad procesal para obtener la rehabilitación y limpieza en caso de daño transfronterizo⁴⁰⁹. Por ejemplo, de conformidad con la Ley de los Estados Unidos sobre contaminación por hidrocarburos (*Oil Pollution Act*) de 1990, se concede ese derecho al Gobierno de los Estados Unidos, a un Estado, a una tribu indígena o a un gobierno extranjero. En virtud de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) de 1980, enmendada en 1986 por la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, se ha concedido *locus standi* únicamente al Gobierno federal, a los representantes autorizados de los Estados en su calidad de fideicomisarios de los recursos naturales, o a fideicomisarios designados por las tribus indias. En algunos otros países se ha concedido el mismo derecho de accionar a las autoridades públicas. Por ejemplo, la ley noruega otorga capacidad procesal a las organizaciones y sociedades privadas para ejercitar acciones de resarcimiento de los costos de rehabilitación. En Francia, se ha dado a algunas asociaciones sobre el medio ambiente el derecho a pedir indemnización en asuntos penales relativos a la violación de ciertas leyes sobre el medio ambiente.

5) El concepto de responsabilidad y de indemnización de las víctimas también es recogido en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo, que da expresión a una convicción común:

⁴⁰⁷ Véase el artículo 18 del Convenio de Lugano y el artículo 12 de la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea.

⁴⁰⁸ Véase el texto en 38 *I.L.M.* (1999), 517.

⁴⁰⁹ Peter Wetterstein, "A Proprietary or Possessory Interest: ..." *op. cit.*, págs. 50 y 51.

"Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción."⁴¹⁰

- 6) La cuestión se aborda con más amplitud en el principio 13 de la Declaración de Río:

"Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción."

- 7) La necesidad de una pronta y adecuada indemnización también debe percibirse desde la perspectiva de la consecución de la "internalización del costo", que constituye el núcleo original del principio "quien contamina paga"⁴¹¹. Este principio representa una argumentación a favor de la incorporación de los costos económicos reales de la lucha contra la contaminación, la limpieza y las medidas de protección en los costos del ejercicio de la actividad misma. De ese modo, se ha intentado garantizar que los gobiernos no distorsionen los costos del comercio y la inversión internacionales mediante el otorgamiento de subsidios para estos costos ambientales. La política de la OCDE y de la Unión Europea respalda esta concepción. Sin embargo, en su aplicación, el principio así respaldado exhibe diversas variaciones en distintos contextos. Diversos instrumentos internacionales hacen referencia al principio de "quien contamina paga". En términos muy generales aparece como principio 16 de la Declaración de Río:

⁴¹⁰ *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).

⁴¹¹ M. Smets, "Le principe pollueur-payeur", *R.G.D.I.P.* 1993, págs. 339 a 364; N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruselas, 1999, págs. 157 y ss.

"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales."⁴¹²

8) En la práctica de los tratados, el principio ha servido de base para construir regímenes de responsabilidad objetiva. Así sucede con el Convenio de Lugano, cuyo preámbulo se refiere a "la conveniencia de que exista una responsabilidad objetiva en esta esfera teniendo en cuenta el principio de quien contamina paga". El Protocolo de Kyiv de 2003 se refiere en el preámbulo al principio de "quien contamina paga" calificándolo como "un principio general del derecho medioambiental internacional aceptado también por las Partes en" la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992, y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992⁴¹³.

⁴¹² En su informe sobre la ejecución del Programa 21, las Naciones Unidas señalaron:

"Se ha logrado avanzar en la incorporación en diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de los principios que figuran en la Declaración de Río... especialmente... el principio de quien contamina paga... Aunque se ha avanzado algo en el cumplimiento de los compromisos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo mediante diversos instrumentos jurídicos internacionales, aún queda mucho por hacer para incorporar más decididamente los principios de Río al derecho y a la práctica."

Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período extraordinario de sesiones, Suplemento N° 2 (A/S-19/33), párr. 14.

⁴¹³ También se hace referencia a dicho principio, por ejemplo, en los siguientes instrumentos: el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, de 1990 (30 *I.L.M.* (1990), 735); el Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR), de 1992, (32 *I.L.M.* (1993), 1069); el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico, de 1992; (Naciones Unidas, *Law of the Sea Bulletin*, vol. 22 (1993), pág. 54; el Convenio sobre la protección del mar Negro contra la contaminación, de 1992 (32 *I.L.M.* (1993), 1110); la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992; el Convenio de Lugano, de 1993; y la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental.

9) Algunos órganos judiciales nacionales también han reconocido el principio. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India en el asunto *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*⁴¹⁴, considerando el principio como parte del derecho internacional general, intimó al Gobierno de la India que estableciera un servicio encargado de hacer frente a la situación de deterioro medioambiental resultante de las actividades de la industria del curtido en el Estado de Tamil Nadu. En este asunto, se estimó que 35.000 ha de tierra agrícola situadas en el cinturón de las curtidurías habían quedado total o parcialmente inaptas para el cultivo y que los 170 tipos de productos químicos que se utilizaban en el proceso de curtido con cromo habían contaminado gravemente el agua potable de la zona. El Tribunal multó a cada curtiduría con 10.000 rupias que debían depositarse en un Fondo de Protección Ambiental. También ordenó a las curtidurías contaminantes que pagaran indemnizaciones y responsabilizó a los magistrados recaudadores de distrito del Estado de Tamil Nadu del cobro de la indemnización que debía calcularse y de los gravámenes que la autoridad debía fijar conforme a las instrucciones del Tribunal⁴¹⁵.

10) En el arbitraje entre Francia y los Países Bajos relativo a la aplicación del Convenio para la protección del Rin contra la contaminación de cloruros, de 3 de diciembre de 1976, y del Protocolo adicional de 25 de septiembre de 1991 (Francia/Países Bajos), el Tribunal Arbitral adoptó no obstante un criterio diferente cuando se le pidió que tuviera en cuenta el principio de

⁴¹⁴ *All India Reports 1996*, SC 2715.

⁴¹⁵ Un breve resumen del asunto *Vellore Citizens Welfare Forum* puede encontrarse en Donald Kaniaru, Lal Kurululasuriya y P. D. Abeyegunawardene (eds.), *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment Related Cases (with special reference to countries in South Asia)*, (South Asia Co-operative Environment Program, Colombo (Sri Lanka), 1997). El Tribunal Supremo de la India en el asunto posterior *Andhra Pradesh Pollution Control Board v. Prof. M. V. Naidu (retired) and others* abundó en las obligaciones de prevención, haciendo hincapié en el principio de precaución (en el lugar del principio de capacidad de asimilación enunciado en la Declaración de Estocolmo), en la imposición de la carga de la prueba al acusado, y en el principio de la buena administración de los asuntos públicos, que incluye la necesidad de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias (a este respecto, el Tribunal Supremo se basó en P. S. Rao, Primer informe sobre la prevención, de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, documento A/CN.4/487/Add.1, párrs. 103 y 104), *AIR 1999 SC 812*. Véase también *Andhra Pradesh Pollution Control Board II v. Prof. M. V. Naidu (retired)*, 2000 SOL N° 673, en el que se reiteraron esos principios. Véase también: www.SupremeCourtonline.Com/cases.

"quien contamina paga" en su interpretación del Convenio, aunque no se mencionaba expresamente en él. En su laudo de 12 de marzo de 2004 el Tribunal concluyó que a pesar de su importancia en el derecho de los tratados el principio de quien contamina paga no formaba parte del derecho internacional general. Por lo tanto, no lo estimó pertinente a su interpretación del Convenio⁴¹⁶.

11) Además se ha observado que "es dudoso que (el principio de "quien contamina paga") haya alcanzado el rango de norma de derecho internacional consuetudinario generalmente aplicable, excepto tal vez en relación con los Estados de la CE, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y de la OCDE"⁴¹⁷.

12) El principio también tiene sus limitaciones. Se ha observado que:

"La medida en que, debido a su responsabilidad civil, el contaminador debe pagar por el daño medioambiental depende de diversos factores. Si la responsabilidad se basa en negligencia, no sólo es preciso probar tal negligencia, sino que el daño que no sea razonablemente previsible ni razonablemente evitable no se indemnizará y la pérdida correrá a cargo de la víctima o del contribuyente, no del contaminador. La responsabilidad objetiva es una aproximación más adecuada al principio de "quien contamina paga", pero

⁴¹⁶ Asunto relativo a la intervención de cuentas entre el Reino de los Países Bajos y la República Francesa de resultados de la aplicación del Protocolo de 25 de septiembre de 1991 adicional del Convenio para la protección del Rin contra la contaminación de cloruros, de 13 de diciembre de 1976. El Tribunal declaró en la parte pertinente, párrs. 102 y 103:

"102. ... El Tribunal toma nota de que los Países Bajos han hecho referencia, en apoyo de su demanda, al principio de "quien contamina paga".

103. El Tribunal observa que ese principio figura en algunos instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, y que tiene grados de eficacia variables. Sin negar la importancia del principio en el derecho convencional, el Tribunal no considera que tal principio forme parte del derecho internacional general."

Laudo arbitral de 12 de marzo de 2004 que es posible consultar en <http://www.pca-cpa.org>.

⁴¹⁷ Véase Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, segunda edición (2003), ejemplo de la forma flexible en que el principio se aplica en el contexto de la OCDE y la Unión Europea, págs. 281 a 285.

no en los casos en que la cuantía se encuentre limitada, como sucede en los sistemas aprobados internacionalmente con respecto a los buques petroleros o las instalaciones nucleares. Además, una definición estrecha del daño puede excluir las pérdidas medioambientales que no se puedan cuantificar fácilmente en términos monetarios, como es el caso de las especies silvestres, o que afecten a la calidad del medio ambiente sin causar daño físico real."⁴¹⁸

13) Se ha afirmado asimismo que el principio no se puede tratar como una "norma rígida de aplicación universal, ni los medios que se utilicen para ponerlo en práctica serán los mismos en todos los casos"⁴¹⁹. Se sugiere que "una gran flexibilidad será inevitable, teniendo plenamente en cuenta las diferencias en la naturaleza del riesgo y la viabilidad económica de una íntegra internalización de los costos medioambientales por parte de las industrias cuya capacidad para sufragarlos variará según los casos"⁴²⁰.

14) El proyecto de principio 3 también hace hincapié en que el daño al "medio ambiente" *per se* crea un derecho de accionar que obliga a una pronta y adecuada indemnización. Como se observa en el comentario al proyecto de principio 2, esa indemnización no sólo puede incluir una compensación monetaria al demandante, sino que ciertamente también permite el reembolso de los costos de las medidas razonables de rehabilitación y respuesta.

⁴¹⁸ Birnie y Boyle, *International Law... op. cit.*, págs. 93 y 94.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, págs. 94 y 95. Véase también el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre los regímenes de responsabilidad que guardan relación con el tema de 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), A/CN.4/543, cap. II.

⁴²⁰ Birnie y Boyle, *International Law...; op. cit.*, pág. 95. Los autores señalan que la referencia al "interés público" en el principio 16 de la Declaración de Río deja "amplio campo" para las excepciones y, en la forma en que se aprobó en Río, el principio "no es ni absoluto ni obligatorio", pág. 93. También señalan que en el caso de las instalaciones nucleares de Europa oriental, los gobiernos de Europa occidental, que representan a un amplio grupo de víctimas potenciales, han financiado los trabajos necesarios para elevar los niveles de seguridad, pág. 94.

15) En términos generales, ha habido renuencia a aceptar la responsabilidad por daños al medio ambiente *per se*, a menos que personas o bienes resulten afectados a consecuencia de tales daños⁴²¹. La situación está cambiando gradualmente⁴²². En el caso del daño a los recursos

⁴²¹ Pueden verse resultados contrapuestos en *Blue Circle Industries Plc. v. Ministry of Defence*, [1998], 3 All ER y *Merlin v. British Nuclear Fuels, Plc.* [1990], 3 All ER 711.

⁴²² Por lo que respecta a las dificultades relativas a las demandas por daños y posibles consecuencias para el medio ambiente, véanse los asuntos *Patmos* y *Haven*. Véase, en general: Andrea Bianchi, "Harm to the Environment in Italian Practice: The Interaction of International Law and Domestic Law"; en Peter Wetterstein, "*Harm to the Environment...*" *op. cit.*, pág. 103, especialmente págs. 113 a 129. Véase también Maria Clara Maffei, "The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" case", Francioni y Scovazzi, *International Responsibility...*, *op. cit.*, pág. 381 especialmente págs. 383 a 390; y David Ong, "The Relationship between Environmental Damage and Pollution: Marine Oil Pollution Laws in Malaysia and Singapore", en Bowman y Boyle, *Environmental Damage... op. cit.*, pág. 191, especialmente págs. 201 a 204. Véase también Sands, *Principles...*, *op. cit.*, págs. 918 a 922. Véase también el incidente *Antonio Gramsci* de 1979 y el incidente *Antonio Gramsci* de 1987, *IOPC Fund Annual Report*, 1980, pág. 2; 1989, pág. 31; 1990, págs. 28 y ss. Véase también, en general: Wu Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation* (1996) págs. 361 a 366: La resolución N° 3 de 1980 del Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC) no permitió al tribunal evaluar la indemnización que había de pagar el Fondo "sobre la base de una cuantificación abstracta del daño calculado de acuerdo con modelos teóricos". En el caso del *Amoco Cádiz*, el Tribunal del Distrito Norte de Illinois ordenó a la Amoco Oil Corporation el pago de 85,2 millones de dólares en multas: 45 millones de dólares por los costos del derrame y 39 millones de intereses. Denegó la indemnización de los daños no económicos. Así pues, rechazó las demandas por daños a la imagen y daños ecológicos. El Tribunal observó: "Es verdad que durante un tiempo el municipio no pudo ofrecer playas limpias a sus ciudadanos y que no se pudo preservar la paz, la quietud y la libertad normales debido al denso tráfico, condiciones que habrían existido en el municipio en ausencia de las actividades de limpieza", pero llegó a la conclusión de que la "reclamación por pérdida del disfrute por parte de los municipios no es sostenible según el derecho francés". Véase la cita en la nota 406. Véase también Maria Clara Maffei, "The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" case"; Francioni and Scovazzi, *International Responsibility...*, *op. cit.*, pág. 381, especialmente pág. 393. Con respecto al daño a la imagen, el Tribunal señaló que la reclamación de los demandantes puede indemnizarse tratándose de un daño cuantificable en la medida en que pueda demostrarse que ese daño a la imagen se tradujo en un daño consecuente específico para el municipio por el hecho de que los turistas y visitantes que en otras circunstancias pudieran haber venido, dejaron de acudir. Este es precisamente el fondo de las demandas individuales por daños presentadas por hoteles, restaurantes, campamentos de vacaciones y otros negocios de los municipios. Con respecto al daño ecológico, el Tribunal tuvo el problema de evaluar "las especies muertas en las aguas costeras a causa del derrame de petróleo" y observó que "este daño que se alega está sujeto al principio de la *res nullius* y no es indemnizable por falta de capacidad procesal de las personas o

naturales o al medio ambiente, existe el derecho a indemnización o reembolso de los gastos en que se hubiese incurrido para la aplicación de medidas de prevención, rehabilitación o restablecimiento razonables. En el caso de algunos instrumentos internacionales esto se limita aún más sólo a las medidas *realmente* adoptadas, lo que excluye el lucro cesante por deterioro del medio ambiente⁴²³.

16) El objetivo no es rehabilitar el medio ambiente ni devolverlo a su estado original, sino permitir que se mantengan sus funciones permanentes. En este proceso no está previsto incurrir en gastos que no guarden proporción con los resultados perseguidos; además, tales gastos deberían ser rentables. Teniendo en cuenta estas consideraciones, si la rehabilitación o restablecimiento del medio ambiente no es posible, es razonable introducir el equivalente de esos elementos en el medio ambiente⁴²⁴.

17) El Estado o cualquier otro organismo público que intervenga en la adopción de medidas de rehabilitación o respuesta puede recuperar más tarde los costos del explotador. Por ejemplo, tal es el caso de la Ley general de respuesta, indemnización y responsabilidad ambientales de los

entidades para formular la reclamación", *ibíd.*, especialmente pág. 394. Véase también *Matter of the People of Enewetak 39 I.L.M.* (2000), pág. 1214, especialmente pág. 1219, ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, asunto en que el Tribunal tuvo la oportunidad de estudiar la cuestión de si la rehabilitación era una solución apropiada para las pérdidas padecidas por la población del atolón de Enewetak de resultas de los ensayos nucleares realizados por los Estados Unidos. Su fallo condenó al pago de los costos de limpieza y rehabilitación según el siguiente detalle: 22,5 millones de dólares para la remoción de tierra; 15,5 millones de dólares para el tratamiento con potasio; 31,5 millones de dólares para la construcción de terraplenes; 10 millones de dólares para limpieza de plutonio; 4,51 millones de dólares para estudios; 17,7 millones de dólares para rehabilitación del suelo y reposición de la vegetación.

⁴²³ Con respecto a los aspectos generales, véase el comentario del principio 2, párrs. 8), 9) y 18) a 21).

⁴²⁴ Con respecto al análisis de la definición de medio ambiente y de los elementos del daño al medio ambiente que son indemnizables, véase Barboza, 11° informe sobre la responsabilidad internacional, documento A/CN.4/468, págs. 1 a 17, especialmente párr. 28, en la pág. 12. Para una interesante descripción del problema del daño, su definición, los efectos adversos y la evaluación del daño, véase M. A. Fitzmaurice, "International Protection of the Environment", *Recueil des Cours*, vol. 293 (2001) págs. 225 a 233.

Estados Unidos, de 1980 (CERCLA o Superfund). La ley crea el "superfondo" con dólares provenientes de los impuestos; dicho superfondo deberá reponerse con el reembolso de los gastos que han de sufragar las partes responsables para pagar la limpieza de ser necesario. El Organismo de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos administra el superfondo y tiene amplios poderes para investigar la contaminación, escoger las medidas correctivas adecuadas e incluso ordenar a las partes responsables las labores de limpieza, o efectuar el trabajo directamente y recuperar luego sus costos⁴²⁵.

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.
2. Esas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esa responsabilidad deberían ser compatibles con el proyecto de principio 3.
3. Esas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.
4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.
5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

⁴²⁵ Un análisis de la CERCLA figura en Brighton y Askman, "The Role of the Government Trustees in Recovering Compensation for Injury to Natural Resources", en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment...*, *op. cit.*, págs. 177 a 206, 183 y 184.

Comentario

1) Este proyecto de principio refleja el importante papel del Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para cumplir con el requisito de una "pronta y adecuada indemnización". La expresión "cada Estado" remite en el presente contexto al Estado de origen. El proyecto de principio comprende cuatro elementos relacionados entre sí: en primer lugar, el Estado debe establecer un régimen de responsabilidad; en segundo lugar, ese régimen de responsabilidad no debería exigir prueba de culpa; en tercer lugar, las condiciones o limitaciones que puedan imponerse a dicha responsabilidad no deberían ir en detrimento de la exigencia de una pronta y adecuada indemnización; y, en cuarto lugar, deberían crearse diversas formas de fianza, de seguro y de financiación por la rama de actividad para ofrecer garantías financieras suficientes de indemnización. En los cinco párrafos del principio 4 se expresan estas cuatro ideas.

2) El párrafo 1 se refiere al primer requisito. Es preciso que el Estado de origen adopte las medidas necesarias para garantizar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas dentro de su territorio o bajo su jurisdicción. La parte final del párrafo dice "en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control", terminología equivalente a la empleada en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la prevención. Se supone naturalmente que se concedería una indemnización análoga por los daños causados dentro del Estado de origen de resultas de un incidente de ese tipo.

3) El párrafo 2 se refiere al segundo y tercer requisitos y establece que en ese régimen de responsabilidad no debería exigirse la prueba de la culpa y que cualquier condición o limitación de dicha responsabilidad debería ser compatible con el proyecto de principio 3, que destaca el objetivo de una "indemnización pronta y adecuada". En la primera oración se destaca el principio de quien contamina paga y se prevé asignar la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. En la segunda oración se establece que para esa responsabilidad no debería exigirse prueba de culpa. En la tercera oración se reconoce que es habitual que los Estados y los convenios internacionales impongan ciertas condiciones o

limitaciones a la responsabilidad. Sin embargo, a fin de estar seguros de que esas condiciones y excepciones no alteran en lo fundamental la naturaleza del requisito de proporcionar una pronta y adecuada indemnización, se ha subrayado que tales condiciones o excepciones deberían ser compatibles con la exigencia de una indemnización pronta y adecuada prevista en el proyecto de principio 3.

4) En el párrafo 3 se dispone que entre las medidas adoptadas por el Estado de origen debería incluirse la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

5) El párrafo 4 se refiere a la financiación por la rama de actividad en el ámbito nacional. La expresión "tales medidas" refleja la idea de que la intervención del Estado consistiría en una serie de medidas diversas.

6) En el párrafo 5 se dispone que, en caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores resulten insuficientes para proporcionar una indemnización adecuada, el Estado de origen debería velar por que se asignaran recursos financieros adicionales. En cuanto a cómo lograr que se presten garantías financieras para garantizar una pronta y adecuada indemnización, en los tres últimos párrafos se deja que el Estado de origen decida libremente. Este proyecto de principio requiere asimismo que el Estado de origen se mantenga vigilante para revisar constantemente el derecho nacional a fin de que sus normas estén al corriente de la evolución de la tecnología y la práctica de la rama de actividad de que se trate en el propio país y en otros lugares. En el párrafo 5, aunque no se exige al Estado de origen que reserve fondos públicos para garantizar una pronta y adecuada indemnización, sí se prevé que el Estado de origen deberá encargarse de que estén disponibles dichos recursos financieros adicionales.

7) El párrafo 1 hace hincapié en todas las "medidas necesarias" y concede a cada Estado la suficiente flexibilidad para alcanzar el objetivo de garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización. Se destaca esa exigencia sin perjuicio de los pagos *ex gratia* que puedan efectuarse o de las medidas para casos de emergencia o de socorro que los Estados u otras entidades responsables puedan contemplar en favor de las víctimas.

8) Además, a efectos del presente proyecto de principios, como se señaló anteriormente, se supone que el Estado de origen ha cumplido debidamente con todas las obligaciones que le incumben en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención, en particular del artículo 3. En el contexto del presente proyecto de principios no se toma en consideración la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. Ahora bien, ello debe entenderse sin perjuicio de las reclamaciones que puedan presentarse en virtud del derecho de la responsabilidad de los Estados y otros principios de derecho internacional.

9) A este respecto, el párrafo 1 se centra en la exigencia de que el Estado garantice el pago de una pronta y adecuada indemnización. El propio Estado no está obligado a pagar la indemnización. En su forma actual, el proyecto de principio responde a la creciente demanda y al consenso existentes en la comunidad internacional. Se prevé en general que los Estados, como parte de las disposiciones adoptadas para permitir la realización de actividades peligrosas bajo su jurisdicción y control, se aseguren de que existen mecanismos adecuados para responder a demandas de indemnización en caso de daño.

10) Como se señaló en el comentario al proyecto de principio 3, se ha reconocido la necesidad de establecer regímenes de responsabilidad en un contexto internacional, como se expresa, por ejemplo, en el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y el Principio 13 de la Declaración de Río de 1992⁴²⁶. Si bien no se pretende que esos principios establezcan obligaciones jurídicamente vinculantes, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional⁴²⁷.

⁴²⁶ Véanse también la Declaración Ministerial de Malmö de 2000 y el Programa III de Montevideo de 2001 aprobados y adoptados en la decisión 21/23 del 21º período de sesiones del Consejo de Administración del PNUMA y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, A/CONF.199/20, resolución 2, de 2 de septiembre de 2002, anexo.

⁴²⁷ Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.*, observan en la página 105 que "todos estos principios reflejan la evolución más reciente del derecho internacional y la práctica de los Estados; su rango actual de principios de derecho internacional general es más dudoso; pero el apoyo consensual de que gozan como demuestra la Declaración de Río es un indicio importante de su creciente significación jurídica".

11) Los supuestos en que se basa el presente proyecto de principio se remontan al arbitraje de la *Fundición de Trail*. Aunque en ese caso el Canadá asumió la obligación de pagar la indemnización necesaria por cuenta de la empresa privada, el principio básico establecido preveía la obligación del Estado de garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización en caso de daño transfronterizo.

12) En el párrafo 2 se enuncia la primera medida importante que cada Estado debería adoptar, a saber: la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. En el comentario al proyecto de principio 1 ya se ha explicado lo que significa el término "explotador". Sin embargo, cabe destacar que en caso de daño sensible la responsabilidad incumbe⁴²⁸ al explotador de la instalación. Existen, no obstante, otras posibilidades. En el caso de los buques, la responsabilidad corresponde al propietario, no al explotador. Eso significa que los fletadores, que pueden ser los explotadores efectivos, no son responsables en virtud, por ejemplo, del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992. En otros casos, la responsabilidad se asigna a más de una entidad. Según el Protocolo de Basilea, los generadores, los exportadores, los importadores y los eliminadores de desechos pueden ser responsables en las diversas fases del tránsito de los desechos. El principio real subyacente no es que los "explotadores" son siempre responsables, sino que la responsabilidad primordial incumbe a la parte que tiene un control más efectivo del riesgo en el momento del accidente o dispone de una capacidad más efectiva para proporcionar una indemnización.

13) La asignación de responsabilidad al explotador o a una sola persona o entidad se considera consecuencia del principio de "quien contamina paga". Sin embargo, como se explicó en el

⁴²⁸ Según Goldie, los convenios sobre responsabilidad nuclear iniciaron la nueva tendencia de asignar la responsabilidad al explotador "por larga que fuera la cadena causal y por nuevos que fueran los factores implicados (excepto un número muy limitado de factores exculpatorios)". Véase L. F. E. Goldie, "Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in terms of Relative Exposure to Risk", *XIV Netherlands Yearbook of International Law*, 174 a 248 (1985), pág. 196. Sobre esta cuestión véase también Goldie, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", *14 I.C.L.Q.* (1965), pág. 1189, págs. 1215 a 1218.

comentario al proyecto de principio 3 *supra*, dicho principio tiene sus propias limitaciones y ha de aplicarse con flexibilidad. A pesar de su repercusión en la tendencia actual de los Estados a internalizar progresivamente los costos de las industrias contaminantes, el principio no se suele considerar todavía parte del derecho internacional general.

14) El párrafo 2 dispone también que la responsabilidad no debe basarse en la prueba de culpa. Las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del presente proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles. En tales asuntos, se reconoce en general que no debería exigirse la prueba de culpa o negligencia y que la persona debería ser tenida por responsable aun cuando hubiera empleado toda la diligencia necesaria que cabía esperar de una persona prudente. La responsabilidad objetiva se ha reconocido en muchas jurisdicciones al asignar la responsabilidad con respecto a actividades que conllevan un peligro o un riesgo inherente⁴²⁹. En cualquier caso, puede considerarse que se trata de una medida de desarrollo progresivo del derecho internacional. La responsabilidad objetiva se ha adoptado como base del régimen de responsabilidad en varios instrumentos, entre los que figuran convenios negociados recientemente, como por ejemplo en el artículo 4 del Protocolo de Kyiv, el artículo 4 del Protocolo de Basilea y el artículo 8 del Convenio de Lugano.

15) Existen varias razones para esta adopción de la responsabilidad objetiva. Libera a los demandantes de la carga de la prueba cuando se trata de actividades que entrañan riesgo y que conllevan procesos e instalaciones industriales relativamente complejos desde el punto de vista técnico. Sería injusto e inapropiado imponer al demandante la pesada carga de probar la culpa o negligencia con respecto a actividades tecnológicas altamente complejas, cuyos riesgos y procedimientos la industria interesada guarda celosamente secretos.

16) Además, como los beneficios relacionados con la actividad de riesgo constituyen una de las motivaciones para que el explotador emprenda esa actividad, en general se supone que los regímenes de responsabilidad objetiva proporcionan incentivos para una mejor gestión de los riesgos creados. Esta es una suposición que puede no ser siempre válida. Dado que estas

⁴²⁹ Véase Secretaría de las Naciones Unidas, *Estudio...*, *op. cit.*, cap. I.

actividades se han aceptado sólo debido a su utilidad social y al hecho de ser indispensables para el crecimiento económico, los Estados quizás deseen, en cada momento oportuno, estudiar la posibilidad de reexaminar si siguen siendo indispensables y explorar soluciones más respetuosas con el medio ambiente y que al mismo tiempo presenten menos riesgos.

17) En los casos de responsabilidad objetiva también es común el concepto de responsabilidad limitada. La responsabilidad limitada tiene varios objetivos desde un punto de vista normativo. Se justifica por razones de conveniencia para alentar al explotador a seguir realizando dicha actividad peligrosa pero social y económicamente benéfica. La responsabilidad objetiva pero limitada tiene asimismo por objeto permitir la obtención de una cobertura de seguro razonable para la actividad. Además, si la responsabilidad ha de ser objetiva, es decir, si ha de determinarse sin hacer recaer la carga de la prueba en los demandantes, ese carácter limitado debe considerarse una contrapartida razonable. Ninguno de esos argumentos constituye una verdad evidente por sí misma, pero suelen estimarse pertinentes⁴³⁰.

18) Cabe aducir que el sistema de responsabilidad limitada es insatisfactorio, ya que no puede proporcionar incentivos suficientes al explotador para que adopte medidas de prevención más estrictas. Si los límites se fijan muy bajos, el sistema podría incluso convertirse en una licencia para contaminar o causar daños a otros y para externalizar los costos reales del explotador. Además, el sistema puede no estar en condiciones de satisfacer todas las demandas y reclamaciones legítimas de las víctimas inocentes para la reparación en caso de daño. Por tal razón, es importante fijar los límites de la responsabilidad financiera a un nivel suficientemente alto, teniendo presentes la magnitud del riesgo que entraña la actividad y la razonable posibilidad de que los seguros cubran una parte importante del mismo.

19) Una de las ventajas de la responsabilidad objetiva pero limitada, desde el punto de vista de la víctima, consiste en que la persona interesada no necesita probar que ha habido negligencia y también sabe precisamente contra quién dirigir su demanda.

⁴³⁰ Véase Robin R. Churchill, "Facilitating (Transnational) Civil Liability Litigation for Environmental Damage by Means of Treaties: Progress, Problems, and

20) En los casos en que el perjuicio es causado por más de una actividad y no puede razonablemente atribuirse a una de ellas o no puede efectuarse una separación con un grado de certidumbre suficiente, las leyes nacionales han tendido a imponer una responsabilidad solidaria⁴³¹. Algunos instrumentos internacionales vigentes también prevén este tipo de responsabilidad⁴³².

21) Los límites son bien conocidos en el caso de los regímenes por los que se rige la contaminación por hidrocarburos en el mar y los incidentes nucleares. Por ejemplo, en virtud del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, el límite máximo de la responsabilidad del propietario del buque es de 59,7 millones de derechos especiales de giro; más allá de ese límite, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos está obligado a indemnizar a la víctima del daño hasta un total de 135 millones de DEG (incluidas las cantidades recibidas del propietario), o si se trata de daños resultantes de fenómenos naturales, 200 millones

Prospects", *12 Yearbook International Environmental Law* (2001), págs. 3 a 41, especialmente págs. 35 a 37.

⁴³¹ Sobre la responsabilidad solidaria, véase Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, 2001, Kluwer, págs. 298 a 306.

⁴³² Como ejemplos de la práctica de los tratados, véanse por ejemplo el artículo IV del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969; el artículo IV del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos; de 1992, el artículo 8 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, de 1996; el artículo 5 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 4 del Protocolo de Basilea; el artículo 4 del Protocolo de Kyiv; y el artículo 11 del Convenio de Lugano. Véanse también el artículo VII de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares de 1962; el artículo II del Protocolo de Enmienda de 1997 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963; el artículo II de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963; el artículo 3 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960; y el artículo 3 del Protocolo de 2004 que enmienda el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960.

de DEG⁴³³. De manera análoga, en la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1997, se prescriben también límites apropiados de la responsabilidad del explotador⁴³⁴.

22) En el artículo 9 del Protocolo de Kyiv y en el artículo 12 del Protocolo de Basilea se establece una responsabilidad objetiva pero limitada. El Convenio de Lugano, en cambio, opta por una responsabilidad objetiva (párrafo 1 del artículo 6 y párrafo 1 del artículo 7) sin ninguna disposición que limite la responsabilidad. Cuando se imponen límites a la responsabilidad financiera del explotador, por lo general tales límites no afectan a los intereses o costas adjudicados por el tribunal competente. Además, los límites de la responsabilidad están sujetos a revisión de manera regular.

23) La mayoría de los regímenes de responsabilidad excluyen la limitación de la responsabilidad en caso de culpa. El explotador es responsable por el daño que ha causado o al que ha contribuido con sus acciones u omisiones lesivas en que ha intervenido dolo, imprudencia o negligencia. El artículo 5 del Protocolo de Basilea y el artículo 5 del Protocolo de Kyiv contienen disposiciones concretas en ese sentido. En el caso de actividades que requieren procesos o tecnologías químicas o industriales de gran complejidad, la responsabilidad basada en la culpa podría entrañar una pesada carga de la prueba para las víctimas. No obstante, los

⁴³³ Párrafo 1 del artículo V del Protocolo de 1992 y artículo 4 del Convenio internacional sobre la constitución del Fondo. Tras el hundimiento del Erika cerca de la costa francesa en diciembre de 1999, el límite máximo se elevó a 89,77 millones de DEG, con efecto a partir del 1º de noviembre de 2003. En virtud de las enmiendas de 2000 al Protocolo, de 1992 relativo al Fondo, que iban a entrar en vigor en noviembre de 2003, la suma se ha elevado de 135 millones de DEG a 203 millones de DEG. Si tres Estados contribuyentes al Fondo reciben más de 600 millones de toneladas de petróleo al año, la suma máxima se eleva de 200 millones de DEG a 300.740.000 DEG. Véase Sands, *Principles ...*, *op. cit.* págs. 915 y 917.

⁴³⁴ Para el texto, véase 36 *I.L.M.* (1997) 1473. El Estado donde está la instalación tiene que garantizar que el explotador se hace responsable por cualquier incidente que se produzca hasta una cantidad no inferior a 300 millones de DEG o por un período de transición de diez años; además dicho Estado debe garantizar una suma provisional de 150 millones de DEG. En la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares de 1997 se prevé una suma adicional que puede superar los 1.000 millones de dólares. Véanse los artículos III y IV. Para el texto, véase 33 *I.L.M.* (1994) 1518.

derechos de las víctimas podrían salvaguardarse mejor de varias maneras. Por ejemplo, se puede invertir la carga de la prueba, exigiendo al explotador que pruebe que no ha habido negligencia ni conducta dolosa. Pueden sacarse amplias inferencias del hecho de que se trata de una actividad intrínsecamente peligrosa. Podría imponerse al explotador la obligación legal de permitir que las víctimas o el público tengan acceso a la información relativa a las actividades correspondientes.

24) La responsabilidad objetiva puede aliviar la carga que, de lo contrario, deberían soportar las víctimas para probar la culpa del explotador, pero no elimina las dificultades que entraña el establecer el nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad. El principio de la causalidad está ligado a las cuestiones de previsibilidad y proximidad o pérdida directa. En los casos en que se prefiere la responsabilidad por culpa, cabe señalar que sería posible interponer una demanda por negligencia para obtener la indemnización de un daño si el demandante demuestra que: a) el demandado se había obligado respecto de él a emplear un determinado grado de diligencia; b) el demandado incumplió tal obligación; c) el incumplimiento del demandado fue la causa inmediata del daño causado al demandante; y d) el demandante sufrió un perjuicio.

25) Tribunales de distintos países han aplicado el principio y las nociones de causa próxima, causalidad adecuada, previsibilidad y probabilidad del daño. Esta rama del derecho es muy discrecional e impredecible. Distintos países han aplicado esas nociones con resultados diversos. Se puede indicar que el criterio de la proximidad parece haberse suavizado progresivamente en la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la estricta teoría de la condición *sine qua non* pasando por el criterio de la previsibilidad ("adecuación") hasta un criterio de causalidad menos riguroso, que tan sólo requiere una "imputación razonable" del perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría perder cada vez más importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Teniendo en cuenta todas estas razones, cabe pensar que sería difícil incluir esos criterios en un modelo analítico más general de la asignación de la

pérdida⁴³⁵. No obstante, cada Estado debe abordar todas estas cuestiones al elaborar su régimen de responsabilidad.

26) Incluso cuando existe un nexo causal, pueden plantearse cuestiones difíciles en relación con las demandas que pueden dar derecho a indemnización, como la pérdida financiera, el *pretium doloris*, la incapacidad permanente, los perjuicios de disfrute o la pérdida de relaciones maritales y la evaluación del daño. De forma similar, el daño causado a un bien que pueda ser reparado o sustituido puede ser indemnizado teniendo en cuenta el valor de reparación o de sustitución. Pero es difícil indemnizar los daños causados a objetos de valor histórico o cultural si no es sobre la base de una evaluación arbitraria adaptada a cada caso. Además, cuanto más débil y vago sea el vínculo con el bien dañado, menor será la certeza de que existe un derecho a indemnización. También se discute si una pérdida puramente económica que implique para el perjudicado la pérdida del derecho a disfrutar de un equipamiento colectivo, pero que no le suponga una pérdida personal directa o una lesión a un derecho patrimonial, podría dar derecho a indemnización⁴³⁶. No obstante, las pérdidas estrictamente económicas, como las sufridas por un hotel son indemnizables, por ejemplo en Suecia y Finlandia, pero no en otros países⁴³⁷.

27) El párrafo 2 también trata la cuestión de las condiciones de exoneración. Es también usual que los regímenes y leyes nacionales que establecen la responsabilidad objetiva especifiquen un conjunto limitado de excepciones bastante uniformes a la responsabilidad del explotador. Un ejemplo típico de las excepciones a la responsabilidad puede hallarse en los artículos 8 y 9 del Convenio de Lugano, en el artículo 3 del Convenio de Basilea o en el artículo 4 del Protocolo de

⁴³⁵ Véase Peter Wetterstein "A Proprietary or Possessory Interest..." págs. 29 a 53, especialmente pág. 40.

⁴³⁶ *Ibid*, pág. 32.

⁴³⁷ Jan M. Van Dunne, "Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law -Common Law split on compensation of Non-Physical Damage in Tort Law", *Revue européenne de droit privé* 1999, págs. 397 a 428. Véase también *Weller and Company c. Foot and Mouth Disease Research Institute*, 1 QB, 1966, pág. 569.

Kyiv⁴³⁸. Se está exento de responsabilidad si, a pesar de haberse adoptado todas las medidas apropiadas, el daño fue resultado de: a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; o b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible; o c) exclusivamente del cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado donde se haya producido el daño; o d) exclusivamente de la conducta ilícita internacional de un tercero.

⁴³⁸ Con arreglo a los párrafos 2 y 3 del artículo III del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, *los actos de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irreversible* son elementos que exoneran de responsabilidad al propietario, independientemente de la negligencia de parte del demandante. Véanse también el artículo III del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1969; el artículo 3 del Convenio Internacional de 2001 sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 7 del Convenio internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; el artículo 3 del Convenio de 1977 sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos se refiere en términos similares al *explotador de una instalación*; el artículo 3 de la Convención de 1989 sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales.

También se citan exenciones en el párrafo 3 del artículo IV del Protocolo de 1997 de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963. Con arreglo a esa Convención no generan responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares que éste pruebe que se deben directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. Véanse también el párrafo 3 del artículo IV de la Convención de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 9 del Protocolo de 2004 que modifica el Convenio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear; el párrafo 5 del artículo 3 del anexo de la Convención de 1997 sobre indemnización suplementaria por daños nucleares; el párrafo 1 del artículo 4 de la Directiva 2004/35 de la Unión Europea sobre responsabilidad medioambiental. La Directiva tampoco se aplica a las actividades cuyo primer propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional. Con arreglo al párrafo 6 del artículo 4 tampoco se aplica a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales. Se pueden ver ejemplos de legislación nacional en Secretaría de las Naciones Unidas, *Estudio...*, *op. cit.*, cap. III.

28) Si, no obstante, la persona que ha sufrido el daño lo ha causado, o ha contribuido a él, por su propia culpa, la indemnización puede denegarse o reducirse teniendo en cuenta todas las circunstancias.

29) Si el explotador está exento de responsabilidad por cualquiera de las razones señaladas anteriormente, ello no significa sin embargo que las víctimas deban afrontar las pérdidas por sí solas. Es habitual que los Estados otorguen a las víctimas pagos *ex gratia*, además de proporcionarles socorro y asistencia para la rehabilitación. Por otra parte, también podría obtenerse indemnización gracias a mecanismos de financiación complementarios. En el caso de exención de responsabilidad del explotador fundada en la excepción relativa a la observancia del ordenamiento jurídico del Estado, existe también la posibilidad de presentar una demanda de indemnización contra el Estado de que se trate.

30) El párrafo 3 se refiere a otra medida importante que debería adoptar el Estado. Debería obligar al explotador (o, si procede, a otra persona o entidad) a disponer de fondos suficientes no sólo para gestionar la actividad peligrosa con seguridad y con toda la precaución que quepa esperar de una persona prudente en las circunstancias del caso, sino también para poder hacer frente a las demandas de indemnización, en caso de accidente o incidente. A tal efecto, se puede exigir al explotador que cuente con las garantías financieras necesarias.

31) El Estado interesado puede fijar límites mínimos a las garantías financieras constituidas con ese propósito, teniendo en cuenta los recursos de capital de que se dispone a través de los bancos u otros organismos financieros. Incluso los planes de seguros pueden exigir un mínimo de solvencia financiera del explotador para otorgar cobertura. Con arreglo a la mayoría de los regímenes de responsabilidad, el explotador está obligado a contratar un seguro y constituir otras garantías financieras adecuadas⁴³⁹. Ello puede ser especialmente necesario para poder acogerse

⁴³⁹ En cuanto a la práctica de los tratados, véase, por ejemplo, el artículo III de la Convención de 1962 sobre la Responsabilidad de los Explotadores de Buques Nucleares; el artículo VII del Protocolo de 1997 de la Convención de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo VII de la Convención de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 10 del Convenio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear; y el artículo 10 del Protocolo de 2004 de enmienda del Convenio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. Véase asimismo el

al régimen de responsabilidad financiera limitada, en los casos en que éste existe. Sin embargo, en vista de la diversidad de sistemas jurídicos y de las diferencias de situación económica, se podría dejar a los Estados cierta flexibilidad con respecto a los requisitos exigidos en materia de garantías financieras adecuadas y los medios para constituirlos⁴⁴⁰. Además, para que un sistema de seguros sea eficaz, puede ser necesaria una amplia participación de los Estados potencialmente interesados⁴⁴¹.

32) Nunca se insistirá bastante en la importancia de tales mecanismos. Se ha dicho que: "La garantía financiera de la responsabilidad ambiental es beneficiosa para todas las partes interesadas: para las autoridades públicas y el público en general, es una de las formas más eficaces, si no la única, de asegurarse de que efectivamente se reparen los daños causados en consonancia con el principio de que quien contamina paga; para los operadores industriales, supone un medio de distribuir los riesgos y gestionar las incertidumbres; para el sector seguros, es un mercado considerable"⁴⁴². También es posible contratar un seguro para cubrir los costos de limpieza.

33) La experiencia adquirida en los mercados de seguros, que en los Estados Unidos están muy desarrollados, se puede transferir rápidamente a otros mercados, ya que el sector de los seguros es un mercado cada vez más globalizado. El artículo 14 de la Directiva 2004/35/CE de la Unión

artículo V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1992; el artículo 12 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, de 1996; el artículo 7 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustibles de los buques; el artículo 14 del Protocolo de Basilea; el artículo 11 del Protocolo de Kyiv; y el artículo 12 del Convenio de Lugano.

⁴⁴⁰ Véase, por ejemplo, la declaración de China, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Actas resumidas de la Sexta Comisión*, A/C.6/58/SR.19, párr. 43.

⁴⁴¹ Véase por ejemplo, la declaración de Italia, *ibíd.*, A/C.6/58/SR.17, párr. 28.

⁴⁴² Véase Propuesta de Directiva 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, págs. 8 a 10.

Europea sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, por ejemplo, dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la Directiva.

34) Una de las consecuencias de la contratación de un seguro y de garantías financieras es que, el derecho interno puede permitir que se ejercite una acción de indemnización directamente contra cualquier persona que aporte una cobertura financiera. Sin embargo, se puede conferir a esa persona el derecho a exigir que el explotador sea llamado a intervenir en el procedimiento. Esa persona tiene derecho además a invocar los medios de defensa que el explotador habría tenido derecho a invocar en virtud de la ley. En el párrafo 3 del artículo 11 del Protocolo de Kyiv y en el párrafo 4 del artículo 14 del Protocolo de Basilea se prevé esta posibilidad. Sin embargo, ambos Protocolos permiten a los Estados hacer una declaración para manifestar que no autorizan esa acción directa.

35) Los párrafos 4 y 5 versan sobre las otras medidas igualmente importantes a las que el Estado debería otorgar una atención prioritaria. Se trata de la creación en el ámbito nacional de un fondo complementario. Naturalmente ello no impide que asuman las responsabilidades entidades subordinadas de la administración si se trata de un Estado con sistema federal. Todos los sistemas existentes de asignación de pérdidas prevén algún tipo de financiación complementaria para atender las demandas de indemnización cuando el explotador no disponga de fondos suficientes para indemnizar a las víctimas. La mayoría de los regímenes de responsabilidad relativos a actividades peligrosas prevén fuentes adicionales de recursos para hacer frente a las demandas de daños y perjuicios, y en especial para sufragar los costos de las medidas de respuesta y rehabilitación que son indispensables para contener el daño y para restablecer el valor de los recursos naturales y los equipamientos colectivos afectados.

36) Los medios de financiación complementaria podrían provenir de diferentes fuentes. En primer lugar podrían ser fondos públicos, que forman parte del presupuesto nacional. En otras

palabras, el Estado asumiría una parte de la carga de la pérdida creada por el daño. La segunda partida se imputaría a un fondo común financiado mediante las contribuciones de los explotadores del mismo tipo de actividades peligrosas o de entidades en cuyo beneficio directo se realizara la actividad peligrosa o de riesgo. No suele indicarse expresamente qué tipo de fondo -el creado por los explotadores, o los beneficiarios o el creado por el Estado- prestaría, con carácter prioritario, la reparación cuando se hubieran alcanzado los límites de la responsabilidad del explotador.

Principio 5

Medidas de respuesta

A fin de reducir al mínimo todo daño transfronterizo resultante de un incidente relacionado con actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios, los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador, deberían adoptar sin demora medidas de respuesta eficaces. Tales medidas de respuesta deberían incluir la pronta notificación a todos los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, la consulta y la cooperación con ellos.

Comentario

1) Es imposible exagerar la importancia de las medidas de respuesta cuando ha ocurrido un accidente o incidente que ha provocado un daño sensible. De hecho, tales medidas son necesarias para limitar la propagación de los daños y deben adoptarse de inmediato. Así se hace en la mayoría de los casos sin perder tiempo siquiera en identificar a la persona responsable, la causa o la culpa que provocó el suceso. El proyecto de principio 5 asigna al Estado en cuestión la responsabilidad de determinar cómo deben adoptarse tales medidas y quién debe adoptarlas, ya sea el propio Estado, el explotador o alguna otra persona o entidad apropiada. Aunque las palabras "los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador", no implican ningún orden de intervención, es razonable suponer que en la mayoría de los casos de daño transfronterizo el Estado desempeñará el papel más destacado. Ese papel deriva de la obligación general de los Estados de velar por que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen un daño transfronterizo. Además, el Estado tendrá la posibilidad de obtener el reembolso de los costos de las medidas de respuesta razonables. El texto de la disposición también recoge los matices diplomáticos que a menudo existen en tales

casos. Por otra parte, no se pretende excluir la posibilidad de que el primero en reaccionar sea un explotador, por ejemplo una sociedad transnacional.

2) También es frecuente que las autoridades estatales pasen inmediatamente a la acción y evacuen a las personas afectadas a lugares seguros y presten asistencia médica de emergencia y demás socorro inmediato. Es por este motivo que el principio reconoce el importante papel que desempeña el Estado con respecto a la adopción de las medidas necesarias en cuanto se plantea la emergencia, dada su función de garantizar en todo momento el bienestar de la población y proteger el interés público.

3) El papel previsto para el Estado en el presente proyecto de principio complementa la función que se le asigna en los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre la prevención, que se refieren a las obligaciones relativas a la "preparación para casos de emergencia" y la "notificación de una emergencia"⁴⁴³.

4) Sin embargo, el presente proyecto de principio va más allá de esas disposiciones. Se refiere a la necesidad de adoptar las medidas de respuesta necesarias después de producirse un incidente que haya causado un daño, pero a ser posible antes de que ese daño adquiriera el carácter de daño transfronterizo. Se supone que el Estado en que se haya originado el daño, en interés propio e incluso como obligación derivada de "consideraciones elementales de humanidad"⁴⁴⁴,

⁴⁴³ Para el texto y los comentarios de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre la prevención, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 370 a 436, especialmente págs. 429 a 433. El punto de vista de que las obligaciones impuestas por tratados de mantener planes para situaciones imprevistas y responder a situaciones de emergencia debidas a la contaminación del medio ambiente deben considerarse parte del deber del Estado de actuar con la debida diligencia en el control de las fuentes de daños conocidos al medio ambiente se expresa en Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.*, pág. 137. Los autores señalan también en la página 136 que "es legítimo considerar que el asunto del *Estrecho de Corfú* hace jurisprudencia en lo que respecta a la obligación de derecho consuetudinario de avisar de los riesgos conocidos de daños ambientales".

⁴⁴⁴ Véase *Corfu Channel, ICJ Reports 1949*, pág. 4, especialmente pág. 22. Con respecto a ese concepto particular como parte de las "obligaciones... basadas... en ciertos principios generales y bien reconocidos", distintos de las fuentes tradicionales de derecho internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, véase Bruno Simma, "From

consulte a los Estados que pueden resultar afectados para determinar cuáles son las medidas de respuesta más adecuadas para prevenir o aminorar el daño transfronterizo⁴⁴⁵. En la segunda oración del presente proyecto de principio cabe distinguir diversos niveles de interacción, a saber, la notificación, la consulta y la cooperación. Se considera que la palabra "pronta" es más apropiada para "notificación", pero puede no ser del todo adecuada en una situación de emergencia con referencia a la "consulta" y la "cooperación", que tienen un carácter más consensual, se basan en la buena fe y por lo general responden a una solicitud. Se considera que la expresión "cuando proceda" responde adecuadamente a esas necesidades y es suficientemente flexible para abarcar una gran diversidad de procesos de interacción según las circunstancias de cada caso.

5) A la inversa, se supone que los Estados que puedan resultar afectados cooperen plenamente con el Estado de origen. Queda entendido que adoptar medidas de respuesta es también importante para los Estados que se han visto o pueden verse afectados por el daño transfronterizo. Estos Estados deberían adoptar las medidas de respuesta que estén a su alcance en las zonas bajo su jurisdicción a fin de contribuir a prevenir o aminorar el daño transfronterizo. Dichas medidas de respuesta son esenciales no sólo en el interés público sino también para que las autoridades y tribunales competentes puedan tramitar las subsiguientes demandas de indemnización y reembolso de los gastos efectuados para adoptar medidas de respuesta consideradas razonables⁴⁴⁶.

Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours*, vol. 250 (1994-VI), págs. 291 y 292.

⁴⁴⁵ Acerca de la obligación de los Estados de notificar y de consultarse con miras a adoptar medidas apropiadas para aminorar el daño, véase el principio 18 de la Declaración de Río; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992; el Convenio sobre la diversidad biológica, de 1992; y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 2000, y los tratados sobre accidentes nucleares y la Convención del OIEA sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986. Véase también Sands, *Principles...*, *op. cit.*, págs. 841 a 847.

⁴⁴⁶ En general, en lo que respecta al carácter razonable como criterio para calcular los gastos que pueden recuperarse, véase Peter Wetterstein, "A Proprietary or Possessory Interest...", *op. cit.* págs. 47 a 50.

6) Ninguna medida que el Estado adopte en respuesta a la emergencia creada por la actividad peligrosa relega ni debe relegar al explotador a un papel secundario o supletorio. El explotador está igualmente obligado a mantenerse dispuesto a intervenir en caso de emergencia y de poner en práctica medidas de respuesta en cuanto se produce el incidente. El explotador puede y debe dar al Estado toda la asistencia necesaria para que cumpla con sus obligaciones. En particular, el explotador está en la situación mejor para indicar los detalles del accidente, su naturaleza, el momento y el lugar exactos en que se ha producido y las medidas que las partes que puedan resultar afectadas podrían adoptar para reducir al mínimo las consecuencias del daño⁴⁴⁷. En caso de que el explotador no pueda adoptar las medidas de respuesta necesarias, el Estado de origen debería tomar las disposiciones precisas para adoptar tales medidas⁴⁴⁸. Para ello puede recabar la ayuda necesaria y disponible de otros Estados u organizaciones internacionales competentes.

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados deberían prever procedimientos apropiados para garantizar que se otorgue una indemnización de conformidad con el proyecto de principio 4 a las víctimas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.
2. Esos procedimientos podrían incluir el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.
3. En la medida necesaria a los efectos de otorgar una indemnización de conformidad con el proyecto de principio 4, cada Estado debería velar por que sus mecanismos administrativos y judiciales tengan la competencia necesaria y ofrezcan recursos efectivos a las víctimas. Dichos mecanismos no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales y deberían incluir el acceso adecuado a la información necesaria para utilizarlos.

⁴⁴⁷ Los Estados están obligados a notificar esos detalles en caso de incidente nuclear. Véase el artículo 2 de la Convención del OIEA sobre la pronta notificación de accidentes nucleares. También deben dar, por conducto del OIEA, a los Estados que puedan verse afectados otra información necesaria para reducir al mínimo las consecuencias radiológicas. Sands, *Principles...*, *op. cit.* págs. 845 y 846.

⁴⁴⁸ En virtud de los artículos 5 y 6 de la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental, la autoridad competente, designada en aplicación del artículo 13, podrá exigir al explotador que adopte las medidas preventivas o reparadoras necesarias o bien adoptar ella misma dichas medidas si el explotador no lo hace o no puede ser localizado.

Comentario

1) En el proyecto de principio 6 se indican las medidas necesarias para hacer operativo y aplicar el objetivo enunciado en el proyecto de principio 4. El párrafo 1, que enuncia el requisito de que se prevean procedimientos apropiados para garantizar la indemnización, se aplica a todos los Estados. Dicho párrafo debe compararse con el párrafo 3, que enuncia los requisitos que se aplican de manera particular al Estado de origen.

2) Con el párrafo 2 se trata de concretar el carácter de los procedimientos pertinentes. Dicho párrafo se refiere a "procedimientos internacionales de solución de reclamaciones". Pueden preverse varios procedimientos. Por ejemplo, los Estados podrían, en caso de daño transfronterizo, negociar y acordar el monto de la indemnización pagadera⁴⁴⁹. Puede tratarse de comisiones mixtas de reclamaciones, de negociaciones para el pago de una suma global, etc. El componente internacional no excluye la posibilidad de que un Estado de origen haga una aportación al Estado afectado para que éste pague la indemnización en el marco del procedimiento interno de reclamaciones que haya establecido. Salvo que se desee otra cosa, tales negociaciones no deberían impedir las negociaciones entre el Estado de origen y los

⁴⁴⁹ En el caso de los daños causados a pescadores japoneses por los ensayos nucleares llevados a cabo por los Estados Unidos de América en 1954 cerca de las Islas Marshall, este último país pagó al Japón 2 millones de dólares de los EE.UU. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4, pág. 565. Véase también en E. Margolis, "The Hydrogen Bomb Experiments and International Law", *64 Yale Law Journal* (1955), pág. 629, especialmente págs. 638 y 639. Acerca de los 3 millones de dólares canadienses pagados en concepto de indemnización por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas al Canadá tras el accidente del Cosmos 954 ocurrido en enero de 1978, véase Sands, *Principles...*, *op. cit.*, pág. 887. Véase también 18 *I.L.M.* (1979) 907. El autor señala asimismo que, aunque varios Estados europeos pagaron indemnizaciones a sus nacionales por los daños sufridos a consecuencia del accidente nuclear de Chernobyl, no intentaron presentar oficialmente una demanda de indemnización, aun cuando se reservaron el derecho a hacerlo, *ibíd.*, págs. 886 a 889. Cabe mencionar también los proyectos de artículo 21 y 22 aprobados por el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996. En el artículo 21 se recomendaba que el Estado de origen y los Estados afectados negociaran a petición de cualquiera de las partes la naturaleza y la cuantía de la indemnización u otra forma de reparación. El artículo 22 hacía referencia a varios factores que los Estados debían tener en cuenta para determinar el monto más equitativo de la indemnización. Para el informe del Grupo de Trabajo de la Comisión, de 1996, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, págs. 320 a 327.

particulares afectados y entre esos particulares y la persona responsable de la actividad que ha causado el daño sensible. Podría acordarse el pago de una suma global como indemnización, ya sea de resultas de un juicio, ya sea mediante un arreglo extrajudicial⁴⁵⁰. Las víctimas podrían recibir inmediatamente una indemnización razonable con carácter provisional, en espera de la decisión sobre la admisibilidad de la reclamación y sobre la cuantía efectiva de la indemnización pagadera. Las comisiones nacionales o mixtas de reclamaciones establecidas con ese fin podrían examinar las reclamaciones y decidir la cuantía definitiva de las indemnizaciones⁴⁵¹.

3) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas⁴⁵² puede servir de modelo útil para algunos de los procedimientos a que se refiere el párrafo 2. En este caso, las víctimas son autorizadas a recurrir al procedimiento internacional establecido sin estar obligadas a agotar los recursos internos. Ello permite satisfacer las reclamaciones en un corto período de tiempo.

⁴⁵⁰ En relación con la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal, el Gobierno de la India intentó acumular las reclamaciones de las víctimas. Procuró obtener indemnización en primer lugar ante los tribunales de los Estados Unidos, pero, por motivo de *forum non-conveniens*, el asunto se dirimió ante la Corte Suprema de la India. La Ley relativa a la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal (Sustanciación de reclamaciones), de 1985, sienta las bases para la acumulación de las demandas de indemnización. La Corte Suprema de la India, en el asunto *Union Carbide Corporation v. Union of India and others, All India Reports 1990 SC 273*, dictó una orden en la que fijaba la cuantía de la indemnización global que debía pagarse. Dispuso que Union Carbide pagara una suma global de 470 millones de dólares a la Unión de la India como liquidación total de todas las reclamaciones, derechos y obligaciones relacionados con la catástrofe de Bhopal o derivados de él. La demanda de indemnización original del Gobierno de la India era de más de 1.000 millones de dólares.

⁴⁵¹ Con respecto a la concesión en abril de 2002 de 324.949.311 dólares a la población de Enewatak en concepto de daños a la tierra resultantes del programa nuclear llevado a cabo por los Estados Unidos de América entre 1946 y 1958, véase 39 *I.L.M.* (2000) 1214.

⁴⁵² Creada en cumplimiento de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad. Véanse asimismo las resoluciones 674 (1990) y 692 (1991) del Consejo de Seguridad y el Informe del Secretario General presentado en cumplimiento del párrafo 19 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, documento 5/22559. Sobre el procedimiento adoptado por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, véase Mojtaba Kazazi, "Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission", en Michel Bowman y Alan Boyle, *Environmental Damage...*, *op.cit.*, págs. 111 a 113.

4) La Comisión es consciente de los elevados costos y gastos que entraña presentar reclamaciones en el plano internacional. También sabe que se tarda mucho tiempo en resolver algunas reclamaciones internacionales. La referencia a que los procedimientos tienen que ser rápidos y entrañar unos gastos mínimos obedece al deseo de no sobrecargar a la víctima con un largo procedimiento similar a un proceso judicial que pueda disuadirla de presentar su reclamación.

5) El párrafo 3 se centra en los procedimientos internos. La obligación se refiere de una manera particular al Estado de origen. Se trata de una disposición relativa al derecho a la igualdad de acceso. Se basa en el supuesto de que el derecho de acceso sólo se puede ejercer si existe un sistema adecuado para el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, la primera frase del párrafo 3 versa sobre la necesidad de conferir la competencia necesaria a los mecanismos administrativos y judiciales. Esos mecanismos han de poder conocer de las demandas de indemnización relativas a las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios. La primera frase hace hincapié en la importancia de garantizar unos recursos efectivos. Subraya la importancia de eliminar los obstáculos a fin de garantizar la participación en las audiencias y los procedimientos administrativos. La segunda frase versa sobre dos aspectos del derecho a la igualdad de acceso. Subraya la importancia de que las demandas de indemnización concernientes a actividades peligrosas se resuelvan con arreglo a normas procesales no discriminatorias, y, en segundo lugar, trata de la igualdad de acceso a la información. Con la referencia a un acceso "apropiado" se pretende indicar que en determinadas circunstancias se puede denegar el acceso a la información o su divulgación. Sin embargo, es importante que incluso en tales circunstancias sea fácil obtener información en lo que concierne a las excepciones aplicables, los motivos de denegación, las vías de recurso y las costas procesales, en su caso. Cuando sea posible, la información debería ser accesible gratuitamente o con un costo mínimo.

6) El acceso a los procedimientos internos disponibles en caso de daño transfronterizo debería ser similar al que un Estado ofrece a sus propios nacionales en el marco de su derecho interno. Se recordará que en el artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención se impone a los Estados una obligación similar con respecto a las demandas que se presenten durante la fase de

prevención, en la cual los Estados están obligados a gestionar con la diligencia debida el riesgo que entrañan las actividades peligrosas. En el artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997, figura una disposición análoga relativa a las demandas de indemnización del daño efectivamente sufrido a pesar de todos los esfuerzos realizados para prevenirlo.

7) El derecho de accionar es un principio fundado en la no discriminación y la igualdad de acceso a los recursos internos. A pesar de sus inconvenientes, ese principio, al dar acceso a la información y garantizar una cooperación apropiada entre los tribunales y las autoridades nacionales competentes a través de las fronteras nacionales, va más allá del requisito de que los Estados se atengan a un estándar mínimo de efectividad en lo que respecta a las vías de recursos ofrecidas a los demandantes transfronterizos. Este principio se refleja también en el Principio 10 de la Declaración de Río y en el Principio 23 de la Carta Mundial de la Naturaleza. También tiene cada vez más aceptación en el derecho constitucional interno en lo que se refiere a la protección del medio ambiente⁴⁵³.

8) El párrafo 3 no palía ni resuelve los problemas relativos al derecho aplicable, que constituye, dada la diversidad y la falta de consenso entre los Estados, un obstáculo considerable para ofrecer recursos judiciales rápidos, adecuados y eficaces a las víctimas⁴⁵⁴, en particular si son pobres y no cuentan con asistencia letrada a nivel local. A pesar de estos inconvenientes, representa un paso en la buena dirección, que puede incluso considerarse esencial. Los Estados podrían realizar progresos fomentando la armonización de las leyes y acordando una ampliación del acceso y los recursos disponibles.

9) En virtud del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil pueden facilitarse recursos en los tribunales de una de las partes sólo si: a) se ha sufrido un daño; b) el explotador tiene su

⁴⁵³ K. W. Cuperus y Alan E. Boyle, "Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses", en Report of the Sixty-Seventh Conference, Helsinki (Finlandia), (1996), pág. 407.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, págs. 403 a 411, especialmente pág. 406.

residencia habitual en el territorio de esa parte; o c) el explotador tiene su establecimiento principal en ese territorio. El artículo 19 de la Convención de Lugano de 1993, el artículo 17 del Protocolo de Basilea y el artículo 13 del Protocolo de Kyiv ofrecen una elección de foros similar.

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Los Estados deberían cooperar en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados de carácter bilateral, regional o mundial a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de prevención y respuesta que habría que aplicar con respecto a determinadas categorías de actividades peligrosas así como sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras.

2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado con miras a aportar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Comentario

1) El proyecto de principio 7 corresponde a la serie de disposiciones que figuran en el proyecto de principio 4, salvo que se aplican en el plano internacional. En el párrafo 1 se insta a los Estados a que cooperen en la elaboración de acuerdos internacionales de carácter bilateral, regional o mundial en tres esferas: a fin de tomar disposiciones en materia de prevención; a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de respuesta que habría que aplicar, en caso de accidente, con respecto a determinadas categorías de actividades peligrosas para minimizar los daños transfronterizos; y, por último, a fin de tomar disposiciones sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras para garantizar una indemnización pronta y adecuada.

2) En el párrafo 2 se insta a los Estados a cooperar con vistas a establecer, en el plano internacional, diversos sistemas de garantía financiera en forma de fondos financiados por la rama de actividad o por el Estado a fin de garantizar a las víctimas del daño transfronterizo una reparación suficiente, pronta y adecuada. El párrafo 2 implica también el reconocimiento de que,

independientemente de lo que los Estados deban hacer en el ámbito interno para cumplir sus obligaciones en materia de medidas de respuesta y de indemnización, la certidumbre y la coherencia de la práctica en esta esfera requieren también acuerdos internacionales. Este principio señala la necesidad de que los Estados concierten acuerdos específicos y los adapten a las circunstancias particulares de las diversas actividades peligrosas. También reconoce que, en el régimen de responsabilidad por daños transfronterizos, hay diversas variables cuya selección o elección es preferible dejar a discreción de los distintos Estados o a su legislación o práctica nacionales, teniendo en cuenta sus propias necesidades, realidades políticas y fases de desarrollo económico. Es probable que unos acuerdos concertados en el plano regional con respecto a categorías específicas de actividades peligrosas sean más productivos y duraderos en lo que concierne a proteger los intereses de sus ciudadanos, el medio ambiente y los recursos naturales de los que dependen.

3) También cabe recordar que desde que empezó a examinarse el tema la Comisión partió del supuesto de que su finalidad primordial era "fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tenga efectos transnacionales"⁴⁵⁵. Según este punto de vista, el término *liability* entrañaba "un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho)"⁴⁵⁶ y, por consiguiente, designaba no sólo las consecuencias del incumplimiento de una obligación, sino también la obligación misma. Este tema, así considerado, trataba de las responsabilidades primordiales del Estado, al tiempo que tenía en cuenta la existencia y la conciliación de "intereses legítimos y de múltiples factores"⁴⁵⁷. Quedaba entendido además que se trataba no sólo de elaborar principios de prevención como parte de una obligación de diligencia debida y razonable, sino también de establecer un régimen adecuado y acordado de indemnización, como reflejo de la aplicación de principios de equidad.

⁴⁵⁵ *Anuario...*, 1980, vol. II (Primera parte), pág. 259, informe preliminar, documento A/CN.4/334, pág. 262, párr. 9.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 12.

⁴⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 38.

Esta es la filosofía que impregnaba todo el plan, cuya designación más apropiada es la de plan de "expectativas compartidas"⁴⁵⁸ con "posibilidades ilimitadas" para los Estados⁴⁵⁹.

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar los principios del presente proyecto de principios.
2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, de domicilio o de residencia.
3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) En el proyecto de principio 8 se reitera lo que está implícito en los demás proyectos de principio: que cada Estado debería adoptar medidas legislativas, reglamentarias y administrativas para la aplicación del presente proyecto de principios. Tiene por objeto subrayar la importancia de la aplicación en el plano nacional mediante incorporación a la legislación interna de las normas u obligaciones internacionales acordadas por los Estados Partes en acuerdos internacionales. En el párrafo 2 se destaca que este proyecto de principios, y las

⁴⁵⁸ Las "expectativas compartidas" son aquellas que: a) "se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, b) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional". *Anuario...*, 1982, vol. II (Primera parte), pág. 61, especialmente pág. 76, documento A/CN.4/360. Plan esquemático, sec. 4, párr. 4. En cuanto a la naturaleza de las "expectativas compartidas", Barboza explicó que "tienen cierta fuerza de creación de derechos". "Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel*, o de lo que suele llamarse, en algunos sistemas jurídicos, la doctrina de los actos propios." Véase el segundo informe sobre el tema de la responsabilidad internacional, *Anuario...*, 1986, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/402, párr. 22.

⁴⁵⁹ Informe preliminar, *Anuario...*, 1980, vol. II, (Primera parte), párr. 48.

disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna. El término "alguna" indica que ninguna discriminación, cualquiera que sea el motivo es válida. Las referencias a la nacionalidad, el domicilio o la residencia son sólo ejemplos, aunque ejemplos frecuentes y pertinentes de estos motivos de discriminación, en el contexto de la resolución de reclamaciones relativas a daños transfronterizos.

2) El párrafo 3 es una cláusula general, que dispone que los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional. Esta disposición se basa en el artículo 8 del Protocolo de Kyiv. Es imposible exagerar la importancia de los mecanismos de aplicación. Desde la perspectiva del derecho internacional general y convencional, esta disposición se aplica en el plano internacional esencialmente entre Estados y se debe llevar a efecto en el plano nacional mediante técnicas internas específicas, constitucionales, legislativas y de otro tipo. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados enuncia el principio fundamental *pacta sunt servanda*. El artículo 27 de la misma Convención recuerda el conocido principio según el cual los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno ni las lagunas de ese derecho como justificación del incumplimiento de sus obligaciones convencionales⁴⁶⁰. Es importante que los Estados promulguen leyes nacionales adecuadas para aplicar estos principios, a fin de que las víctimas de daños transfronterizos no se queden sin el debido amparo legal.

⁴⁶⁰ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge, 2000), cap. 10, págs. 143 a 161, especialmente pág. 141. Sobre la aplicación de las decisiones internacionales a nivel nacional, hay numerosas publicaciones referentes a la experiencia de distintos países. Véase Naciones Unidas, *International Law: Collection of Essays* (Nueva York, 1999), cap. III, págs. 165 a 221.

CAPÍTULO VIII

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A. Introducción

177. 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 Estados⁴⁶¹.

178. 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.

179. 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 viabilidad de su estudio, el posible alcance y contenido del tema y el esquema del estudio. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo⁴⁶².

180. También en su 49º período de sesiones la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño⁴⁶³.

181. 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 de trabajo.

⁴⁶¹ *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.

⁴⁶² *Ibíd.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10)*, párrs. 196 a 210, y 194.

⁴⁶³ *Ibíd.*, párrs. 212 y 234.

182. En su 50º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema⁴⁶⁴. De resultados del debate, la Comisión decidió volver a constituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

183. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre las cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición del acto unilateral y la futura labor del Relator Especial. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo⁴⁶⁵.

184. En su 51º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe del Relator Especial sobre el tema⁴⁶⁶. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

185. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de: a) los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida de los trabajos ulteriores sobre el tema y de la recopilación de la práctica de los Estados en esta materia; b) el establecimiento de directrices generales para la recopilación 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.

186. En su 52º período de sesiones, en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema⁴⁶⁷, junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados⁴⁶⁸ al

⁴⁶⁴ A/CN.4/486.

⁴⁶⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párrs. 192 a 201.

⁴⁶⁶ A/CN.4/500 y Add.1.

⁴⁶⁷ A/CN.4/505.

⁴⁶⁸ A/CN.4/500 y Add.1.

cuestionario sobre el tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. En su 2633^a 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.

187. En su 53^o período de sesiones, en 2001, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial⁴⁶⁹ y estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta. Por recomendación del Grupo de Trabajo, la Comisión pidió a la Secretaría que distribuyera a los gobiernos un cuestionario invitándolos a dar más información acerca de su práctica en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales.

188. En su 54^o período de sesiones, en 2002, la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial⁴⁷⁰, y el texto de las respuestas recibidas de los Estados al cuestionario sobre el tema distribuido el 31 de agosto de 2001⁴⁷¹. La Comisión estableció también un Grupo de Trabajo de composición abierta.

189. En su 55^o período de sesiones, en 2003, la Comisión examinó el sexto informe del Relator Especial⁴⁷².

190. 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.

191. En su 2783^a sesión, celebrada 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 Trabajo sobre el alcance del tema y el método de trabajo⁴⁷³.

⁴⁶⁹ A/CN.4/519.

⁴⁷⁰ A/CN.4/525 y Add.1, Corr.1, Corr.2 (en árabe e inglés solamente) y Add.2.

⁴⁷¹ A/CN.4/524.

⁴⁷² A/CN.4/534.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

192. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/542 y Corr.1 (en francés solamente) y Corr.2 y 3), que examinó en sus sesiones 2811^a a 2813^a y 2815^a a 2818^a, los días 5 a 7 y 9, 13, 14 y 16 de julio de 2004.

1. Presentación por el Relator Especial de su séptimo informe

193. El Relator Especial indicó que, de conformidad con las recomendaciones hechas por la Comisión en 2003 (en particular la Recomendación 4), el séptimo informe trataba de la práctica de los Estados en materia de actos unilaterales, tomando en consideración no obstante la necesidad de determinar las normas pertinentes que se prestaran a la codificación y el desarrollo progresivo. Quiso agradecer muy especialmente a la Facultad y a los estudiantes de la Universidad de Málaga su valiosa colaboración en la preparación del informe. Éste se basaba tanto en la documentación procedente de diversas regiones y sistemas jurídicos, como en las declaraciones de los representantes de los gobiernos o de las organizaciones internacionales o en las decisiones de los tribunales internacionales. También se tomaron en consideración los comentarios formulados por los gobiernos en la Sexta Comisión. En cambio, pocos gobiernos habían contestado al cuestionario que se les dirigió.

194. El estudio se refería en particular a los actos y declaraciones que producían efectos jurídicos y sólo constituía un examen inicial que podría en su momento profundizarse si la Comisión lo estimara necesario.

195. El Relator Especial, a fin de establecer los criterios de clasificación de los actos y las declaraciones, recurrió a las tres categorías generalmente admitidas: los actos por los cuales un Estado asume obligaciones (promesa y reconocimiento); los actos por los cuales un Estado renuncia a un derecho (renuncia); y los actos por los cuales un Estado reafirma un derecho o una pretensión jurídica (protesta). Por lo que respecta a la notificación, aunque formalmente era un

⁴⁷³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10), párrs. 304 a 308.*

acto unilateral, producía efectos que variaban según la situación a la que se refería (protesta, promesa, reconocimiento, etc.), incluso en el marco de los regímenes convencionales.

196. El comportamiento que podía tener efectos jurídicos similares a los actos unilaterales se trataba en una sección distinta, que comprendía un breve examen del silencio, el consentimiento y el *estoppel* y su relación con los actos unilaterales, y en la que se describía la práctica de ciertos tribunales internacionales.

197. La promesa y el reconocimiento figuraban entre los actos en virtud de los cuales los Estados asumían obligaciones. Constituían declaraciones unilaterales formuladas por un Estado a título individual, o por varios Estados a título colectivo, mediante las cuales se asumían obligaciones y se atribuían derechos a otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades. Se mencionaban varios ejemplos de esas declaraciones (algunas muy discutidas, como la declaración hecha por Egipto el 26 de julio de 1956 respecto del Canal de Suez), que demostraban que la promesa constituía una manifestación unilateral de voluntad formulada en público por un Estado con una intención y un fin concretos. Esas declaraciones podían abarcar un ámbito muy amplio que iba de la defensa o las cuestiones monetarias hasta el compromiso de no aplicar reglamentos internos que pudieran tener efectos perjudiciales para terceros Estados. No se incluían en el estudio las promesas, como la de ayudar a las negociaciones en curso entre dos Estados, que no creaban obligaciones jurídicas.

198. Algunas promesas provocaban reacciones de parte de los Estados que, considerándose afectados, les daban la forma de protesta o de reconocimiento de una determinada situación. Otras se hacían bajo condiciones especiales, lo que podía llevar a preguntarse si constituían actos unilaterales *stricto sensu*.

199. En el contexto de las negociaciones de desarme se habían hecho algunas declaraciones que podían tener interés para la Comisión. Algunas de esas declaraciones fueron hechas por personas autorizadas para representar al Estado en el plano internacional (ministros de relaciones exteriores, embajadores, jefes de delegación, etc.) y planteaban cuestiones delicadas en cuanto al alcance de sus efectos. Cabía preguntarse si se trataba de declaraciones políticas o de declaraciones hechas con intención de crear obligaciones jurídicas. El contexto en que se

hicieron esas declaraciones podía constituir un elemento para determinar su alcance y sus consecuencias.

200. Por razones metodológicas, el reconocimiento se incluía entre los actos en virtud de los cuales los Estados asumían obligaciones. Aunque no se hacía un estudio exhaustivo, el informe señalaba que el reconocimiento se basaba a menudo en un hecho preexistente y no creaba él mismo ese hecho. La mayoría de los tratadistas consideraban no obstante que el reconocimiento era una manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional por la que éste tomaba nota de una determinada situación y manifestaba su intención de considerarla legal.

El reconocimiento, que podía expresarse mediante una declaración explícita o implícita, oral o escrita (o incluso mediante actos que no constituían actos unilaterales *stricto sensu*), afectaba a los derechos, obligaciones e intereses políticos del Estado que "reconoce".

Además, no tenía efecto retroactivo, como se desprendía de la jurisprudencia (asunto *Eugène L. Didier, adm. et al. c. Chile*)⁴⁷⁴.

201. El informe trataba de varios casos de reconocimiento de Estados, debido a la abundancia de la práctica, sobre todo en relación con los "nuevos" Estados de Europa oriental (Estados de la ex Yugoslavia, por ejemplo). Se mencionaba también el reconocimiento condicional, así como casos de reconocimiento resultante de la participación en calidad de miembro de una organización internacional.

202. En cambio, los casos de reconocimiento de gobiernos eran menos frecuentes y menos precisos. El mantenimiento o no de las relaciones diplomáticas o la retirada de embajadores constituían indicios en la práctica del reconocimiento.

203. El informe trataba también de las declaraciones formales o actos por los cuales los Estados expresaban su posición en relación con territorios cuyo estatuto era controvertido (República turca de Chipre septentrional, Timor Oriental, etc.) o en relación con un estado de guerra.

⁴⁷⁴ V. Coussirat-Constère y P. M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, T. 1, 1784-1918 (Dordrecht, Boston, Londres), pág. 54.

204. Otra categoría de actos se refería a aquéllos por los cuales el Estado renunciaba a un derecho o una pretensión jurídica, incluidas la renuncia extintiva y la renuncia traslativa.

205. La jurisprudencia de los tribunales internacionales llevaba a la conclusión de que la renuncia de un Estado a sus derechos no se podía presumir. El silencio o la aquiescencia no bastaban para que una renuncia pudiera efectivamente producir efectos (C.I.J., asunto de los *Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*)⁴⁷⁵. En cambio, para que una renuncia tácita pudiera ser aceptable era preciso que resultara de actos no equívocos (C.P.J.I., asunto de las *Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*)⁴⁷⁶.

206. Una tercera categoría era la de la protesta, es decir, la declaración unilateral por la cual el Estado que formulaba la protesta hacía saber que no reconocía la legalidad de los actos que eran objeto de la protesta o que no aceptaba la situación que esos actos habían creado o amenazaban con crear. Por consiguiente, la protesta tenía el efecto contrario al del reconocimiento; podía consistir en actos reiterados y debía ser especificada, excepto los casos de violaciones graves de obligaciones internacionales o derivados de normas imperativas de derecho internacional. El informe citaba varios ejemplos de protestas, algunas de ellas relacionadas con la existencia de una controversia territorial o de otro tipo entre los Estados.

207. La última categoría que se mencionaba en el informe era la de los comportamientos estatales que podían producir efectos jurídicos similares a los actos unilaterales. Esos comportamientos podían tener como resultado el reconocimiento o el no reconocimiento, la protesta contra las pretensiones de otro Estado o incluso la renuncia.

208. El informe consideraba también el silencio y el *estoppel*, estrechamente ligados a los actos unilaterales aun cuando los efectos jurídicos del silencio eran muchas veces cuestionados.

209. Las conclusiones del informe trataban de facilitar el examen del tema y de establecer principios aplicables de una manera general. Aunque los ejemplos citados se basaban en las

⁴⁷⁵ *Ressortissants des Etats-Unis au Maroc*, C.I.J. Recueil 1952.

⁴⁷⁶ *Zones franches de la Haute Savoie et du pays de Gex*, C.P.J.I., Series A/B, N° 46, pág. 96.

categorías generalmente aceptadas de actos unilaterales, el Relator Especial proponía que se preparara una definición de los actos unilaterales, tomando como punto de partida la definición aprobada provisionalmente en el 55º período de sesiones y teniendo en cuenta también las formas de comportamiento de los Estados que producían efectos jurídicos similares a los actos unilaterales.

2. Resumen del debate

210. Varios miembros manifestaron su satisfacción ante el séptimo informe y la riqueza de la práctica expuesta. Algunos miembros de la Comisión recordaron que, teniendo en cuenta la densidad del informe, la Comisión estuvo muy acertada cuando pidió al Relator Especial que dedicara su séptimo informe a la práctica de los Estados. Sin embargo, la noción de acto unilateral todavía no se había analizado de manera rigurosa. Por añadidura, algunos miembros y algunos Estados que tomaron la palabra en la Sexta Comisión no estaban convencidos de que este tema debiera ser objeto de un proyecto de artículos. Según algunos, la Comisión debería escoger ciertos aspectos para llevar a cabo estudios en los que se expusiera la práctica de los Estados y el derecho aplicable.

211. Se manifestó la opinión de que ciertas categorías de actos unilaterales, como la promesa, seguían planteando problemas y que convenía no tener en cuenta el término utilizado por el Estado autor para calificar su comportamiento. Las categorías escogidas no estaban en efecto delimitadas de manera tan clara. Se expresó la opinión de que el reconocimiento y el reconocimiento de Estados o de gobiernos debían excluirse del estudio porque no había que suponer que la Asamblea General considerase que esta delicada cuestión formara parte del tema de los actos unilaterales. A este respecto, se señaló que el reconocimiento de Estados y de gobiernos constituía un tema separado en la lista original de temas apropiados para la codificación. En cambio, según otro punto de vista, los efectos jurídicos del reconocimiento y del no reconocimiento debían incluirse en el estudio.

212. Se señaló que debía tomarse como criterio la noción de las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por el Estado autor de la declaración respecto de uno o varios Estados, mejor que la de los efectos jurídicos, que era más amplia. Había, pues, que estudiar el acto

unilateral como fuente de derecho internacional; desde este punto de vista la práctica no era muy abundante y la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Ensayos nucleares*⁴⁷⁷ era un caso aislado.

213. También se dijo que el Relator Especial había cumplido el mandato que le había asignado la Comisión. No obstante, cabía sentir cierta confusión y preguntarse si la Comisión no había llegado a un callejón sin salida. Más hubiera valido evitar el error metodológico de abordar el examen de los actos unilaterales sobre las mismas bases que los tratados.

214. Se señaló que cabía cuestionar la manera como se utilizaba la clasificación, en particular la tendencia del Relator Especial a presentar como actos unilaterales *stricto sensu* formas de comportamiento que tenían consecuencias jurídicas similares a los actos unilaterales.

215. Según algunos miembros, lo que faltaba en el informe, lleno de ejemplos de situaciones *de facto et de jure* (algunas de las cuales no eran forzosamente pertinentes) tomados de la práctica, era el análisis de los ejemplos citados. El informe no contestaba la pregunta que se hacía en la Recomendación 6 del Grupo de Trabajo, esto es, cuáles eran los motivos a que respondía el acto o el comportamiento unilateral del Estado. No se habían abordado las demás cuestiones incluidas en la recomendación, es decir, cuáles eran los criterios de validez del compromiso expreso o tácito del Estado y en qué circunstancias y con qué condiciones se podía modificar o retirar el compromiso unilateral. Para poder contestar a esas preguntas se necesitaban más datos y un análisis a fondo, incluso si la práctica pertinente no era abundante. Algunos ejemplos recientes tomados de las actuaciones ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*⁴⁷⁸ ponían de manifiesto que la cuestión de la competencia de los órganos estatales para obligar al Estado mediante actos unilaterales era compleja.

⁴⁷⁷ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974.

⁴⁷⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Montenegro)*, C.I.J. Recueil 1996, pág. 595.

216. Otros miembros también se preguntaban si entre la multitud de ejemplos citados algunos casos no constituían actos políticos. A este respecto se admitió que a falta de criterios objetivos era muy difícil hacer una distinción entre actos políticos y actos jurídicos, y que ésta debía ser una de las tareas de la Comisión. El elemento principal de la definición adoptada en la Recomendación 1, a saber, la intención del Estado que pretendía crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional, era de carácter subjetivo. ¿Cómo determinar objetivamente esa intención? Desde este punto de vista, varios de los ejemplos citados en el informe resultaban ser simplemente actos o declaraciones de naturaleza política cuyo fin no era producir efectos jurídicos. El fin del acto sería un factor importante para determinar su naturaleza, lo que ocurría en el caso del reconocimiento de Estados o gobiernos. Si no hubiera medio de determinar el carácter del acto, debería tomarse en consideración el principio de no limitación de la soberanía o de interpretación restrictiva. Era difícil, por no decir imposible, identificar los actos unilaterales *stricto sensu* (una parte de la doctrina consideraba que no constituían una fuente de derecho en la medida en que siempre había aceptación de parte de su destinatario); no obstante, parecía digna de consideración la idea de preparar un estudio temático o expositivo. En cuanto a los criterios de la validez de los actos unilaterales o de las condiciones de su modificación o revocación, cabía preguntarse si la analogía con los tratados era totalmente pertinente o satisfactoria, teniendo en cuenta que, por ejemplo, los conceptos de *jus dispositivum* o de reciprocidad no desempeñarían la misma función. La flexibilidad de los compromisos unilaterales era algo que se podía examinar más detenidamente.

217. Según otro punto de vista, la expresión "acto unilateral" abarcaba una amplia gama de relaciones jurídicas o de procedimientos que los Estados utilizaban en su comportamiento respecto de los demás Estados. Acto significa comportamiento, y el comportamiento incluía el silencio y la aquiescencia. Por otra parte, el comportamiento podía estar dirigido a crear relaciones jurídicas o poner en juego el principio de la buena fe. El reconocimiento podía incluir el reconocimiento jurídico o político. La terminología habitual no era muy útil; un posible enfoque podía consistir en buscar criterios pertinentes. A este respecto había que tomar en consideración el silencio y el *estoppel*, que había sido invocado en algunos asuntos sometidos

a la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine*)⁴⁷⁹.

218. Por otra parte, se recordó que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tanto en el asunto de los *Ensayos nucleares* como en el de la *Controversia fronteriza (Burkina Faso c. la República de Mali)*⁴⁸⁰ destacaba de manera invariable la intención del Estado autor de declaraciones que podían crear obligaciones jurídicas. Era innegable que los actos unilaterales existían y podían crear todo un sistema bilateral o multilateral de relaciones cuyo mecanismo no era siempre claro ni siquiera evidente. Había que proseguir el estudio para deducir normas jurídicas de la documentación examinada; el proyecto de definición del acto unilateral ofrecía una base útil, pero habría que volver a examinar a estos efectos todas las categorías mencionadas por el Relator Especial. En cuanto a la forma final del estudio, dependería de la evaluación que se hiciera de la práctica de los Estados y de las consecuencias que cabía deducir; si no un proyecto de convención, podría pensarse en formular unas directrices flexibles.

219. Las conclusiones preliminares del Relator Especial contenían algunas indicaciones útiles pero hacía falta un análisis más exhaustivo para llegar a la conclusión de que había normas generalmente aplicables o un régimen jurídico comparable al establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

220. También se señaló que en la presentación de la práctica se habían planteado ciertas cuestiones de fondo, como la cuestión de si la condicionalidad era compatible con un acto unilateral *stricto sensu*. La condicionalidad también podía ser un factor determinante para los motivos de la formulación del acto unilateral. También había que tomar en consideración el fin del acto como indicación de su carácter político o jurídico; la Comisión debería limitarse, por supuesto, a examinar los actos unilaterales jurídicos; además, el fin del acto podía determinar su autonomía lo que, a su vez, era decisivo para que un acto pudiera calificarse de unilateral.

⁴⁷⁹ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984.

⁴⁸⁰ *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, pág. 554.

Todo régimen futuro debería contener una disposición equivalente al artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a fin de establecer un equilibrio entre la libertad de acción y la seguridad en las relaciones entre los Estados. También cabía examinar otros aspectos como el del retiro del acto unilateral con la posible condición del consentimiento del beneficiario.

221. La autonomía del acto unilateral excluía, pues, todo acto realizado en el marco de relaciones convencionales o conjuntas o relacionado con el derecho consuetudinario o institucional. El carácter específico del acto unilateral como fuente de derecho internacional dependía de criterios como la intención del Estado autor y la condición del destinatario en cuanto sujeto de derecho internacional, así como de las modalidades y el contexto en el que se formulaba el acto.

222. También se señaló que, por muy rica que fuera la práctica presentada, que en adelante constituiría una referencia insoslayable, seguía siendo necesario examinar las reacciones que provocaban tales actos, en particular las promesas, sobre todo en caso de que no se cumplieran. ¿Podría invocarse la responsabilidad internacional del autor de la promesa? Un examen de la práctica desde este punto de vista podría poner de manifiesto si los actos unilaterales podían crear obligaciones jurídicas internacionales para el Estado autor del acto. La Corte Internacional de Justicia había examinado el alcance jurídico de tales actos (el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*⁴⁸¹ o el asunto de la *Controversia fronteriza Burkina Faso c. República de Mali*)⁴⁸². También debería examinarse más a fondo la protesta contra actos unilaterales, como la formulada por los Estados Unidos de América en 1993 contra las reivindicaciones marítimas que figuraban en la legislación iraní. Incluso si las protestas se formularan en el marco de un tratado (por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) no por ello dejarían de ser, en ciertos casos, una fuente de derecho internacional. Un estudio completo de la "vida" o de la evolución de un acto unilateral

⁴⁸¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, 1986.

⁴⁸² *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, pág. 554.

permitiría así comprender sus aspectos particulares y, de ser posible, determinar las normas jurídicas que les fueran aplicables.

223. A este respecto, habría que tratar de los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los actos destinados a producir efectos jurídicos. No era preciso seguir escrupulosamente las categorías de actos unilaterales mencionadas por el Relator Especial sino más bien determinar la manera en que convenía proseguir el estudio de los actos unilaterales.

224. También se señaló que era el concepto de obligación jurídica internacional lo que debería constituir el criterio del acto unilateral, y no el de sus efectos jurídicos, que era un concepto más amplio y más vago que se aplicaba a todos los actos unilaterales del Estado, autónomos o no, dado que todos esos actos producían efectos jurídicos que variaban considerablemente de un acto a otro.

225. Se manifestó la opinión de que quizá hubiera que hacer una distinción entre los actos que creaban obligaciones y los actos que confirmaban derechos. La falta de un concepto unitario en materia de actos unilaterales hacía problemática su clasificación. Quizás sería más útil una tipología consistente en una lista ad hoc de subprincipios, que deberían estudiarse por separado.

226. Por otra parte, la Comisión debería tranquilizar a los Estados acerca de sus intenciones, aunque al mismo tiempo debería tratar escrupulosamente el tema. A este respecto, haría falta que la intención del Estado de obligarse unilateralmente en el plano internacional fuera perfectamente límpida e inequívoca.

227. Según otro punto de vista sería lamentable excluir *a priori* los actos unilaterales adoptados en el marco del régimen de los tratados (por ejemplo, las prácticas siguientes a la ratificación).

228. La cuestión de la revocabilidad del acto unilateral también debería examinarse detalladamente. El acto unilateral, por su propia naturaleza, se consideraba revocable libremente salvo si excluía explícitamente la revocación o si, antes de su revocación, el acto se transformaba en una obligación convencional tras su aceptación por el beneficiario del acto inicial.

229. Otras cuestiones, como la relativa a los órganos competentes para obligar al Estado mediante actos unilaterales o la referente a las condiciones de validez de esos actos, podrían resolverse inspirándose en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

230. También se manifestó la opinión de que varias declaraciones mencionadas como ejemplo en el informe no eran más que declaraciones políticas que no tenían por objeto producir efectos jurídicos y que formaban parte integrante de la diplomacia y de las relaciones interestatales.

231. Por otra parte, la simple exposición de la práctica de los Estados en el informe mostraba hasta qué punto sería difícil deducir conclusiones generales aplicables a todos los diferentes tipos de actos mencionados. Por ejemplo, los actos de reconocimiento tenían consecuencias jurídicas específicas que los distinguía de otras categorías de actos. Por ello la Comisión debería analizar cada uno de los actos por separado y sacar conclusiones distintas, teniendo en cuenta el carácter específico de cada uno.

232. En lo que se refiere a los comportamientos unilaterales, no estaba claro en qué medida sería posible deducir consecuencias jurídicas precisas. La Comisión, teniendo en cuenta la gran diversidad de esos comportamientos, debería ser muy prudente al formular recomendaciones al respecto. Según otro punto de vista, los actos unilaterales no constituían una institución ni un régimen jurídico y por ello no se prestaban a la codificación, dado que ésta consistía en la formulación de los conceptos pertinentes. Justamente faltaban esos conceptos tratándose de actos unilaterales, porque cada acto se presentaba como un hecho separado e independiente de otro.

233. Algunos miembros manifestaron la opinión de que ciertas referencias a la práctica de ciertas entidades como ejemplos de actos unilaterales de los Estados eran erróneas, porque esas entidades no eran Estados. Según un punto de vista, algunos casos mencionados en el informe en relación con Taiwán como sujeto de derecho internacional no deberían incluirse al no estar en consonancia con la resolución 2758 (XXVI) de la Asamblea General.

234. También se señaló que no era totalmente exacto afirmar que las declaraciones solemnes hechas ante el Consejo de Seguridad en relación con las armas nucleares carecieran de efectos

jurídicos. Esto demostraba claramente la complejidad y la dificultad del tema. Por otra parte, incluso si el informe presentaba ejemplos de varios tipos de declaraciones que posiblemente no entraran todas en la definición de los actos unilaterales *stricto sensu*, no bastaba con citar simplemente tales declaraciones: para determinar si existía la intención de producir efectos jurídicos había que tener en cuenta el contexto, a la vez *ex ante* y *ex post*, de esas declaraciones, como había puesto de manifiesto el asunto de los *Ensayos nucleares*⁴⁸³. El informe no daba mucha información a ese respecto. Además, la clasificación utilizada correspondía a una tipología clásica y *a priori* no incluía ningún comentario sobre su utilización, y en lugar del método deductivo solicitado por el Grupo de Trabajo el Relator Especial había adoptado un método inductivo. Por añadidura, un acto podía pertenecer a varias categorías al mismo tiempo (por ejemplo, la promesa de condonación de una deuda podría considerarse como renuncia, promesa o reconocimiento de derechos). De manera más general, una clasificación "teleológica" no llevaba a conclusiones constructivas. También había que distinguir entre los actos por los cuales los Estados se obligaban por voluntad propia y los comportamientos por los cuales los Estados se obligaban sin manifestar su voluntad y, en un primer tiempo, estudiar solamente los primeros.

235. Además, el estudio del contexto, esencial para la comprensión de los actos unilaterales, a menudo faltaba. Por ello había que concentrarse en adelante en el estudio de algunos ejemplos y tratar de establecer un cuadro comparativo que incluyera información sobre el autor del acto, su forma, su objeto, sus fines y motivos, las reacciones de terceros, las posibles modificaciones, su retiro (en su caso), y su aplicación. La finalidad de ese cuadro sería establecer normas que fueran comunes a los actos considerados. Por lo que hace a la cuestión de la autonomía de los actos unilaterales, se señaló que ningún acto unilateral era completamente autónomo. Los efectos jurídicos se derivaban siempre de normas o principios preexistentes. Algunos miembros señalaron que la autonomía era un elemento controvertido que debía excluirse de la definición, aunque reconociendo al mismo tiempo el carácter no dependiente de esos actos.

⁴⁸³ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974.

236. Varios miembros opinaron que podía reconstituirse un grupo de trabajo para aclarar la metodología de la próxima etapa del estudio y evaluar la práctica con un enfoque crítico.

237. Ese grupo de trabajo debería proseguir su labor sobre la base de las recomendaciones del año anterior y concentrarse en la orientación que convenía dar a los trabajos futuros. Además, habría que seguir haciendo la recopilación y análisis de la práctica de los Estados, concentrándose en particular en los criterios de validez del compromiso del Estado así como en las circunstancias en las cuales el Estado podía modificar o retirar tales compromisos. El grupo de trabajo debería seleccionar ejemplos significativos de actos unilaterales destinados a producir efectos jurídicos (correspondientes a la definición aprobada en el 55º período de sesiones) y llevar a cabo un análisis a fondo de esos ejemplos.

3. Conclusiones del Relator Especial

238. El Relator Especial señaló al final del debate que el séptimo informe sólo era un primer esbozo del examen de la práctica de los Estados en la materia y debería completarse con un estudio de la evolución de ciertos actos descritos en el informe y de otros que no se habían determinado todavía.

239. La evolución, vida y validez de tales actos podrían ser uno de los temas del informe siguiente, en el que habría que tratar de responder a las preguntas formuladas en la Recomendación 6 aprobada por el Grupo de Trabajo en el 55º período de sesiones. El debate en la Comisión había puesto una vez más de manifiesto la complejidad del tema y las dificultades que presentaban la codificación y el desarrollo progresivo de las normas aplicables a los actos unilaterales. Independientemente de su forma final, el tema merecía no obstante ser estudiado a fondo dada su creciente importancia en las relaciones internacionales.

240. Para resolver la cuestión de la naturaleza de la declaración, el acto o el comportamiento del Estado y de si esos actos producían efectos jurídicos, había que determinar la voluntad de obligarse del Estado. Esto entrañaría una interpretación basada necesariamente en criterios restrictivos.

241. Los actos unilaterales *stricto sensu*, ya se considerasen como fuentes de derecho internacional, ya como fuentes de obligaciones internacionales, constituían en cualquier caso un modo de creación de derecho internacional. Además, el acto unilateral formaba parte de una relación unilateral o multilateral, aunque no por ello esa relación debía calificarse de convencional.

242. La referencia a los actos de reconocimiento podía facilitar el estudio de los actos unilaterales condicionales y sus diversos aspectos (su aplicación, modificación o revocación).

243. En lo que concierne a la orientación de los trabajos futuros, se podría realizar un estudio más a fondo de la práctica, abordando cuestiones específicas como las señaladas por ciertos miembros (autor, forma, objeto, reacción, evolución ulterior, etc.) y estudiar también algunos aspectos particulares que pudieran desprenderse esencialmente de las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales.

244. El próximo informe tendría en cuenta las conclusiones o recomendaciones que pudiera formular el grupo de trabajo, si se llegara a crear.

4. Conclusiones del Grupo de Trabajo

245. En su 2818ª sesión, el 16 de julio de 2004, 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 cuatro sesiones.

246. En su 2829ª sesión, el 5 de agosto de 2004, la Comisión tomó nota del informe verbal del Grupo de Trabajo.

247. El Grupo de Trabajo convino en elaborar una muestra de actos unilaterales suficientemente documentada para que fuera posible un análisis a fondo. También estableció una rejilla que permitiese el uso de instrumentos analíticos uniformes⁴⁸⁴. Los miembros del Grupo de Trabajo

⁴⁸⁴ La rejilla comprendía los elementos siguientes:

- Fecha
- Autor/Órgano

se repartieron varios estudios que se llevarían a cabo de acuerdo con la rejilla establecida. Esos estudios debían transmitirse al Relator Especial a más tardar el 30 de noviembre de 2004. Se acordó que la síntesis, basada exclusivamente en esos estudios, se encomendaría al Relator Especial, quien los tendría en cuenta para redactar las conclusiones pertinentes en su octavo informe.

-
- Competencia del autor/órgano
 - Forma
 - Contenido
 - Contexto y circunstancias
 - Objetivos perseguidos
 - Destinatarios
 - Reacciones de los destinatarios
 - Reacciones de terceros
 - Fundamento
 - Aplicación
 - Modificación
 - Terminación/Revocación
 - Alcance jurídico
 - Decisión de un juez o un árbitro
 - Observaciones
 - Bibliografía

CAPÍTULO IX

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

A. Introducción

248. 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".

249. En su 46º período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Alain Pellet⁴⁸⁵.

250. En su 47º período de sesiones, celebrado en 1995, la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial⁴⁸⁶.

251. 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 1986⁴⁸⁷. 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.

⁴⁸⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/49/10), párr. 382.*

⁴⁸⁶ A/CN.4/470 y Corr.1.

⁴⁸⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/50/10), párr. 491.*

252. En 1995, la Comisión, de conformidad con su práctica anterior⁴⁸⁸, 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 y la invitó a continuar su labor en la forma indicada en el informe, e invitó también a los Estados a contestar el cuestionario⁴⁸⁹.

253. En su 48º período de sesiones, en 1996, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial sobre el tema⁴⁹⁰. 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 cuestión⁴⁹¹.

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.

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

255. Al concluir el debate, la Comisión aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos⁴⁹².

⁴⁸⁸ Véase *Anuario...*, 1993, vol. II (Segunda parte), párr. 286.

⁴⁸⁹ Al 31 de julio de 2003, 33 Estados y 25 organizaciones internacionales habían respondido al cuestionario.

⁴⁹⁰ A/CN.4/477 y Add.1.

⁴⁹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, párr. 137.

⁴⁹² *Ibíd.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/52/10)*, párr. 157.

256. 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.

257. En su 50º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial sobre el tema⁴⁹³, 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 directriz⁴⁹⁴.

258. 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 tema⁴⁹⁵. 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 informe⁴⁹⁶. 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 directriz⁴⁹⁷.

259. 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

⁴⁹³ 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.

⁴⁹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 540.

⁴⁹⁵ A/CN.4/499.

⁴⁹⁶ A/CN.4/478/Rev.1.

⁴⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 470.

título ni número (que ha pasado a constituir el proyecto de directriz 1.6 ("Alcance de las definiciones")).

260. En el 52º período de sesiones, en 2000, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe sobre el tema preparado por el Relator Especial⁴⁹⁸, 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 directriz⁴⁹⁹. 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.

261. 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).

262. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 12 proyectos de directriz⁵⁰⁰.

263. 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

⁴⁹⁸ A/CN.4/508 y Add.1 a 4.

⁴⁹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 470.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 114.

reservas a los tratados y de las declaraciones interpretativas. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 11 proyectos de directriz⁵⁰¹.

264. 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).

265. En el quincuagésimo quinto 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.

266. En su 2760ª sesión, el 21 de mayo de 2003, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente 11 proyectos de directriz que había remitido al Comité de Redacción en el quincuagésimo cuarto período de sesiones⁵⁰².

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

⁵⁰¹ *Ibid.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), párr. 50.

⁵⁰² *Ibid.*, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10), párr. 329.

268. 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 (Ampliación del alcance de una reserva)⁵⁰³, 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).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

269. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/544), relativo al objeto y la definición de las objeciones. En realidad, el informe constituía una sección complementaria del octavo informe sobre la formulación de objeciones a las reservas y las declaraciones interpretativas.

270. La Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial en sus sesiones 2820ª, 2821ª y 2822ª, celebradas del 21 al 23 de julio de 2004.

271. En su 2822ª sesión, celebrada el 23 de julio de 2004, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) y 2.6.2 (Objeción a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva).

272. En su 2810ª sesión, el 4 de junio de 2004, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 2.3.5 (Ampliación del alcance de una reserva), 2.4.9 (Modificación de una declaración interpretativa), 2.4.10 (Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional), 2.5.12 (Retiro de una declaración interpretativa) y 2.5.13 (Retiro de una declaración interpretativa condicional). Esas directrices se habían remitido ya al Comité de Redacción en el 55º período de sesiones.

273. En su 2829ª sesión, el 5 de agosto de 2005, la Comisión aprobó los comentarios de dichos proyectos de directriz.

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

⁵⁰³ El proyecto de directriz 2.3.5 fue remitido después de una votación.

1. Presentación por el Relator Especial de su noveno informe

275. El Relator Especial presentó su noveno informe y explicó que se trataba en realidad de una "corrección" a la segunda parte del octavo informe (A/CN.4/535/Add.1), relativa a la definición de las objeciones (proyectos de directriz 2.6.1, 2.6.1 *bis* y 2.6.1 *ter*).

276. Aunque algunas de las críticas que habían suscitado en la Comisión esos proyectos le parecían muy justificadas, estaba convencido de la necesidad de definir en la Guía de la práctica lo que se entendía por "objeción". Al no estar definido ese término en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, se trataba de un desarrollo progresivo necesario del derecho internacional. Inicialmente, el Relator Especial había pensado que la definición de las objeciones debía ajustarse a la de las reservas; así pues, el proyecto de directriz 2.6.1 se basaba en la intención del Estado o la organización internacional autor de la objeción. En los debates que celebró la Comisión en 2003, algunos miembros señalaron que éste era un punto de partida falso, puesto que los efectos que en el apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 y en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena se atribuían a las objeciones eran a menudo ambiguos y los Estados podían tener la intención de dar a sus objeciones un efecto distinto del previsto en esos textos. Así, las objeciones mediante las cuales los Estados pretendían estar vinculados al autor de la reserva por el conjunto del tratado, incluidas las disposiciones objeto de la reserva (objeciones de "efecto supermáximo"), eran, en opinión del Relator Especial, cuestionables, ya que el derecho de las reservas estaba dominado en su conjunto por el principio convencional y por la idea de que los Estados no podían comprometerse contra su voluntad; sin embargo, no dejaban de ser objeciones. Entre los demás tipos de objeciones figuraban aquellas mediante las cuales un Estado indicaba que no se consideraba vinculado al autor de la reserva por las disposiciones objeto de ésta, y tampoco por un conjunto de disposiciones a las que la reserva no se refería expresamente (objeciones de "efecto intermedio").

277. Por otra parte, la definición inicial propuesta por el Relator Especial podía dar la impresión de prejuzgar la validez de las objeciones y de sus efectos. Por lo tanto, el Relator Especial "sugirió" que el proyecto de directriz en cuestión no se remitiera al Comité de Redacción para tener en cuenta esa crítica. La Comisión también planteó una pregunta sobre esta cuestión a los

Estados y, basándose en los debates celebrados en 2003, las observaciones formuladas en la Sexta Comisión y sus propias reflexiones, el Relator Especial proponía una nueva definición de las objeciones⁵⁰⁴.

278. Esa nueva definición era neutra, ya que no prejuzgaba los efectos que podía tener una objeción y dejaba abierta la cuestión de si las objeciones que buscaban un efecto distinto del previsto por las Convenciones de Viena eran o no lícitas. No obstante, al estar igualmente basada en la intención del autor de la objeción, no vulneraba las disposiciones de los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena. En cambio, en esa definición no se indicaba qué categorías de Estados o de organizaciones internacionales podían hacer objeciones ni en qué fecha éstas podían o debían ser formuladas; cuestiones delicadas a las que sería preferible dedicar directrices distintas.

279. En el octavo informe figuraban también otros dos proyectos de directriz, la 2.6.1 *bis* (Objeción a la formulación tardía de una reserva) y la 2.6.1 *ter* (Objeto de las objeciones). A la luz de la nueva definición propuesta, el proyecto de directriz 2.6.1 *ter* ya no tenía razón de ser. En cuanto al 2.6.1 *bis*, era indispensable porque daba la definición de otro sentido del término "objeción", que, por la terminología utilizada en los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3, se refería tanto a la objeción a una reserva como a la oposición a la formulación tardía o la ampliación del alcance de una reserva, que es una institución distinta. Ese proyecto de directriz llevaba ahora el número 2.6.2⁵⁰⁵. El Relator Especial propuso que los proyectos de directriz 2.6.1 y 2.6.2 se remitieran al Comité de Redacción.

⁵⁰⁴ Artículo 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 modificar los efectos previstos de la reserva [por el autor de ésta]."

⁵⁰⁵ Artículo 2.6.2 - *Objeción a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva*

2. Resumen del debate

280. Varios miembros elogiaron la flexibilidad del Relator Especial y su disponibilidad para reexaminar los proyectos de directriz que habían suscitado comentarios y críticas. La nueva definición de las objeciones que figuraba en el noveno informe tenía en cuenta las críticas formuladas a la definición precedente así como la práctica de los Estados que formulan objeciones con la intención de producir efectos distintos a los previstos por las Convenciones de Viena.

281. Se señaló sin embargo que la objeción no tiene por lo general como consecuencia "modificar los efectos previstos de la reserva". Por regla general, no se produce ninguna modificación de esos efectos. Por consiguiente, sería preferible no basar la definición en la intención del Estado que formula la objeción sino decir que este Estado pretende indicar que no acepta la reserva o que no la considera válida. Una definición semejante permitiría distinguir entre las objeciones y los simples "comentarios" relativos a una reserva.

282. Por lo demás, se estimó preferible que la definición de las objeciones precisara cuáles son los Estados que pueden formular una objeción y en qué momento pueden hacerlo, inspirándose en el párrafo 1 del artículo 23 de las Convenciones de Viena.

283. Varios miembros consideraron que en la definición de las objeciones también debería incluirse el objetivo de *impedir* que una reserva produjera sus efectos. Así pues, este término debería añadirse a la palabra "modificar" que figura en la definición.

284. También se señaló que la palabra "previstos" era demasiado subjetiva y que convenía utilizar un término más preciso como "perseguidos". Además, era preciso subrayar que la única relación que debía tomarse en consideración era la existente entre el Estado autor de la reserva y el Estado que formula la objeción.

"Por "objeción" se entiende asimismo la declaración unilateral por la que un Estado o una organización internacional se opone a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva."

285. También se expresó la opinión de que la expresión "cualquiera que sea su enunciado o denominación" no era pertinente en la definición de las objeciones. Según otro punto de vista, la expresión "con objeto de modificar los efectos previstos de la reserva" introducía elementos que iban más allá de los efectos previstos por las Convenciones de Viena: el Estado autor de la objeción excluye disposiciones del tratado distintas de las que son objeto de la reserva, en un espíritu de "represalia". Eso se aparta de las Convenciones de Viena.

286. Se preguntó asimismo si no era prematuro intentar establecer una definición de las objeciones antes de haber examinado los efectos de las objeciones. Se planteó incluso la cuestión de si era realmente necesaria una definición de las objeciones.

287. En cualquier caso, deberían excluirse de la definición las reacciones que no fuesen auténticas objeciones sino más bien declaraciones de carácter político. Las dos versiones modificadas de la proposición inicial constituían un paso en la buena dirección.

288. Se señaló asimismo que las disposiciones de las Convenciones de Viena relativas a las objeciones eran vagas y debían aclararse.

289. Debía conservarse el carácter convencional y voluntario del régimen de las objeciones. La intención del Estado autor de la objeción de considerar que el tratado vinculaba en su integridad al autor de la reserva era contraria a ese principio.

290. En cuanto a los Estados facultados para formular objeciones, no podían ser sino Estados signatarios del tratado. Esta posibilidad que se les concedía correspondía a su obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Pero esta cuestión podría tratarse en una directriz aparte. Otros miembros estimaron que la definición de las objeciones podría preceder al examen de sus efectos jurídicos aunque después tuviera que ser reexaminada a la luz de dichos efectos. Con todo, en el marco de los tratados "normativos" (como los de derechos humanos) algunas objeciones podrían no tener efecto alguno salvo que el Estado autor de la objeción se negara a entablar una relación convencional con el Estado autor de la reserva.

291. En cuanto al proyecto de directriz 2.6.2, varios miembros dijeron estar de acuerdo con él y subrayaron su utilidad. Sin embargo, según un punto de vista, no debía considerarse que esta directriz alentara la formulación tardía o la ampliación del alcance de una reserva.

3. Conclusiones del Relator Especial

292. Al final del debate, el Relator Especial señaló que éste había sido muy interesante. Aun cuando se refería tan sólo a una cuestión de detalle, contribuía al proceso en curso; el Relator Especial era consciente que el proceso era lento, pero permitía adoptar un enfoque más profundo y dejaba también tiempo a la reflexión. Cabía esperar que de este modo las directrices de la Guía de la práctica se enriquecieran y resultaran más maduras y útiles.

293. El Relator Especial subrayó las cuestiones siguientes:

- a) No había ninguna duda acerca de la utilidad de la definición de las objeciones en la fase actual. El procedimiento seguido era exactamente el que se había adoptado para la definición de las reservas incluso antes de examinar los efectos o la licitud de éstas. A este respecto, los Estados que habían expresado su opinión sobre esta cuestión en la Sexta Comisión habían subrayado la gran utilidad y la importancia práctica de una definición de las objeciones.
- b) Aunque en las Convenciones de Viena se describen los efectos "objetivos" de las objeciones, en ninguna de las versiones sucesivas propuestas por él se hace lo mismo, ya que la constante tanto del debate del año pasado como del de este año era la insistencia en que la definición de las objeciones debía centrarse en los efectos *perseguidos por su autor*.
- c) En cuanto al momento y a las categorías de Estados y organizaciones internacionales que pueden formular una objeción, se trata de una cuestión muy compleja y delicada que habría que tratar en directrices distintas.
- d) En vista del debate, el Relator Especial consideraba la posibilidad de introducir algunas modificaciones de redacción en el proyecto de directriz 2.6.1, la más

importante de las cuales sería añadir la palabra "impedir" antes de "modificar". En cambio, no le parecía prudente limitarse a "impedir", pues había surgido una práctica consistente en que los Estados que tenían objeciones a una reserva excluían en sus relaciones con el Estado autor de la reserva disposiciones del tratado distintas de las que eran objeto de la reserva. Semejante actitud no impide que la reserva produzca sus efectos pero éstos van más allá de lo que el autor de la reserva deseaba. En otras palabras, el Estado objetor acepta la reserva pero saca de ella consecuencias que van más allá de lo que el autor de la reserva hubiera deseado. Es en ese sentido que el Relator Especial habló de "modificación". Sin pronunciarse acerca de si esas objeciones eran válidas o no, el Relator Especial opinaba que a primera vista se situaban dentro de los límites del marco consensual que inspiraba el régimen de Viena, contrariamente a las reservas de efecto supermáximo que se apartaban de dicho régimen.

- e) Otra versión del proyecto de directriz 2.6.1 que tendría en cuenta las diversas observaciones formuladas en el transcurso del debate podría decir lo siguiente:

"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] [que se opone] a una reserva a un tratado [hecha] [formulada] por otro Estado u otra organización internacional, con objeto de excluir o modificar los efectos de la reserva en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción."

- f) Por último, el proyecto de directriz 2.6.2, que distinguía los dos sentidos del término "objeción", había sido aprobado casi por unanimidad.

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

294. 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 explicativa⁵⁰⁶

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 reservas⁵⁰⁷

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 cuando un Estado hace 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]⁵⁰⁸ Objeto de las reservas⁵⁰⁹

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.

⁵⁰⁶ Véase el comentario en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, pág. 147.

⁵⁰⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, págs. 206 a 209.

⁵⁰⁸ 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.

⁵⁰⁹ 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.

1.1.2. Casos en que puede formularse una reserva⁵¹⁰

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 territorial⁵¹¹

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 territorial⁵¹²

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 autor⁵¹³

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.

⁵¹⁰ 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.

⁵¹¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 218 a 221.

⁵¹² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 221 y 222.

⁵¹³ 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.

1.1.6. Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes⁵¹⁴

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.

1.1.7. [1.1.1] Formulación conjunta de una reserva⁵¹⁵

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 exclusión⁵¹⁶

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 interpretativas⁵¹⁷

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

⁵¹⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 193 a 195.

⁵¹⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, págs. 222 a 226.

⁵¹⁶ 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.

⁵¹⁷ 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.

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 condicionales⁵¹⁸

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 en 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.

1.2.2. [1.2.1] Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente⁵¹⁹

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 interpretativas⁵²⁰

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 interpretativas⁵²¹

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

⁵¹⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 211 a 219.

⁵¹⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 219 a 222.

⁵²⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 222 y 223.

⁵²¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 224 a 229.

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 denominación⁵²²

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 prohibida⁵²³

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 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 interpretativas⁵²⁴

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.

⁵²² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 230 a 235.

⁵²³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 235 y 236.

⁵²⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 237 y 238.

1.4.1. [1.1.5] Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales⁵²⁵

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 tratado⁵²⁶

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 reconocimiento⁵²⁷

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.

1.4.4. [1.2.5] Declaraciones de política general⁵²⁸

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,

⁵²⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 239 a 241.

⁵²⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 241 a 243.

⁵²⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 243 a 248.

⁵²⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 248 a 251.

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 interno⁵²⁹

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 facultativa⁵³⁰

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 tratado⁵³¹

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.

⁵²⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 252 a 256.

⁵³⁰ 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.

⁵³¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 222 a 228.

1.5. Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales⁵³²

1.5.1. [1.1.9] "Reservas" a los tratados bilaterales⁵³³

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 bilaterales⁵³⁴

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 parte⁵³⁵

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 definiciones⁵³⁶

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.

⁵³² Véase el comentario en *ibíd.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, págs. 256 y 257.

⁵³³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 257 a 267.

⁵³⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 268 a 271.

⁵³⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 272 y 273.

⁵³⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 273 y 274.

1.7. Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas⁵³⁷

1.7.1. [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternativas a las reservas⁵³⁸

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. [1.7.5.] Alternativas a las declaraciones interpretativas⁵³⁹

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.

⁵³⁷ Véase el comentario en *ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, págs. 228 y 229.

⁵³⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 230 a 247.

⁵³⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 247 a 250.

2. PROCEDIMIENTO

2.1. Forma y notificación de las reservas

2.1.1. Forma escrita⁵⁴⁰

Una reserva habrá de formularse por escrito.

2.1.2. Forma de la confirmación formal⁵⁴¹

La confirmación formal de una reserva habrá de hacerse por escrito.

2.1.3. Formulación de una reserva en el plano internacional⁵⁴²

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;

⁵⁴⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones*, N° 10 (A/57/10), págs. 46 a 51.

⁵⁴¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 51 y 52.

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.

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 reservas⁵⁴³

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 reservas⁵⁴⁴

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.

⁵⁴² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 53 a 59.

⁵⁴³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 60 a 65.

⁵⁴⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 65 a 80.

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 reservas⁵⁴⁵

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.

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 depositario⁵⁴⁶

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.

⁵⁴⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 81 a 92.

⁵⁴⁶ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 93 a 101.

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]⁵⁴⁷

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.

2.2.1. Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado⁵⁴⁸

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.

⁵⁴⁷ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 101 a 104.

⁵⁴⁸ 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.

2.2.2. [2.2.3] Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado⁵⁴⁹

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 tratado⁵⁵⁰

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.

...⁵⁵¹

2.3.1. Formulación tardía de una reserva⁵⁵²

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.

⁵⁴⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 524 y 525.

⁵⁵⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 526 a 528.

⁵⁵¹ La sección 2.3 propuesta por el Relator Especial se refiere a la formulación tardía de reservas.

⁵⁵² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 529 a 543.

2.3.2. Aceptación de la formulación tardía de una reserva⁵⁵³

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 reserva⁵⁵⁴

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 reservas⁵⁵⁵

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.

2.3.5. Ampliación del alcance de una reserva

La modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance se regirá por las reglas aplicables a la formulación tardía de una reserva. Sin embargo, si se hace una objeción a esa modificación, la reserva inicial permanecerá inalterada⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 544 a 548.

⁵⁵⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 548 a 550.

⁵⁵⁵ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 550 a 554.

⁵⁵⁶ Véase el comentario en la sección *C.2 infra*.

2.4. Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas⁵⁵⁷

2.4.1. Formulación de declaraciones interpretativas⁵⁵⁸

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.

[2.4.2 [2.4.1 bis] Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno⁵⁵⁹

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 interpretativa⁵⁶⁰

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.

⁵⁵⁷ Véase el comentario en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, pág. 104.

⁵⁵⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 105 y 106.

⁵⁵⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 107 y 108.

⁵⁶⁰ 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.

2.4.4. [2.4.5] Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado⁵⁶¹

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 tratado⁵⁶²

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.

2.4.6. [2.4.7] Formulación tardía de una declaración interpretativa⁵⁶³

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 condicionales⁵⁶⁴

Una declaración interpretativa condicional habrá de formularse por escrito.

⁵⁶¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 557 y 558.

⁵⁶² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 558 y 559.

⁵⁶³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 560 a 562.

⁵⁶⁴ 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.

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 condicional⁵⁶⁵

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.

2.4.9. Modificación de una declaración interpretativa⁵⁶⁶

Salvo que el tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse o modificarse en momentos determinados, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento.

⁵⁶⁵ Véase el comentario 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 reenumeró al haberse aprobado nuevos proyectos de directriz en el 54° período de sesiones.

⁵⁶⁶ Véase el comentario en la sección C.2 *infra*.

2.4.10. Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional

La limitación y la ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional se registrarán por las reglas aplicables respectivamente al retiro parcial y a la ampliación del alcance de una reserva.

2.5. Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

2.5.1. Retiro de las reservas⁵⁶⁷

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 retiro⁵⁶⁸

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

2.5.3. Reexamen periódico de la utilidad de las reservas⁵⁶⁹

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.

⁵⁶⁷ Véase el comentario relativo a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, págs. 148 a 158.

⁵⁶⁸ Véase el comentario relativo a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, págs. 158 a 164.

⁵⁶⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 164 a 166.

2.5.4. [2.5.5] Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional⁵⁷⁰

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:

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 reservas⁵⁷¹

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.

⁵⁷⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 168 a 176.

⁵⁷¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 176 a 178.

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 reservas⁵⁷²

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se regirá por las reglas 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 reserva⁵⁷³

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.

2.5.8. [2.5.9] Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva⁵⁷⁴

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.

⁵⁷² Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 178 a 183.

⁵⁷³ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 184 a 188.

⁵⁷⁴ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 189 a 196.

Cláusulas tipo⁵⁷⁵

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 reserva⁵⁷⁶

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 reserva⁵⁷⁷

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 reserva⁵⁷⁸

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

a) Esa fecha sea posterior a la fecha en que los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o

⁵⁷⁵ Véase el comentario a esta cláusula tipo en *ibíd.*, pág. 197.

⁵⁷⁶ Véase el comentario a esta cláusula tipo en *ibíd.*, págs. 197 y 198.

⁵⁷⁷ Véase el comentario a esta cláusula tipo en *ibíd.*, págs. 198 y 199.

⁵⁷⁸ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 199 a 201.

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 reserva⁵⁷⁹

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 reserva⁵⁸⁰

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.

2.5.12. Retiro de una declaración interpretativa⁵⁸¹

Una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento, siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación, por las autoridades competentes para este fin.

⁵⁷⁹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 201 a 212.

⁵⁸⁰ Véase el comentario a este proyecto de directriz en *ibíd.*, págs. 212 a 216.

⁵⁸¹ Véase el comentario a este proyecto de directriz en la sección C.2 *infra*.

2.5.13. Retiro de una declaración interpretativa condicional⁵⁸²

El retiro de una declaración interpretativa condicional se registrará por las reglas aplicables al retiro de una reserva.

2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes

295. A continuación se transcribe el texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobado provisionalmente por la Comisión en su 56º período de sesiones.

2.3.5. Ampliación del alcance de una reserva

La modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance se registrará por las reglas aplicables a la formulación tardía de una reserva. Sin embargo, si se hace una objeción a esa modificación, la reserva inicial permanecerá inalterada.

Comentario

- 1) La cuestión de la modificación de las reservas se debe plantear en relación con las relativas al retiro de las reservas, por una parte, y a su formulación tardía, por otra. En la medida en que la modificación tenga por objeto limitar el alcance de la reserva, se tratará de un retiro parcial de la reserva formulada inicialmente, que no plantea problemas de principio y está sujeto a las reglas generales relativas al retiro; en este caso se aplicarán las disposiciones de los proyectos de directriz 2.5.10 y 2.5.11⁵⁸³. En cambio, si la modificación tiene por efecto ampliar una reserva existente, parece lógico partir de la idea de que se trata de la formulación tardía de una reserva y aplicar las reglas pertinentes tal como se enuncian en los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3⁵⁸⁴.
- 2) Este es el razonamiento en que se basa el proyecto de directriz 2.3.5, el cual, por una parte, se remite a las reglas relativas a la formulación tardía de una reserva y, por otra, deja bien

⁵⁸² *Ibíd.*

⁵⁸³ Véanse esos proyectos y los comentarios correspondientes en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/58/10)*, págs. 201 a 216.

⁵⁸⁴ Por lo que respecta al texto de esas disposiciones y los comentarios correspondientes, véase *ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 529 a 550.

sentado que, si un Estado hace una "objeción" a la ampliación del alcance de la reserva, seguirá aplicándose la reserva formulada inicialmente.

3) Estas premisas fueron cuestionadas por una minoría de miembros de la Comisión, quienes consideraron que esas reglas estaban en contradicción con la Convención sobre el Derecho de los Tratados y podrían menoscabar en demasía los derechos convencionales de los Estados. Además, la práctica del Consejo de Europa parece establecida en el sentido de la prohibición de cualquier modificación "ampliativa".

4) En el marco de esta organización, "*[t]here have been instances where states have approached the Secretariat requesting information as to whether and how existing reservations could be modified. In its replies the Secretariat has always stressed that modifications which would result in an extension of the scope of existing reservations are not acceptable. Here the same reasoning applies as in the case of belated reservations (...). Allowing such modifications would create a dangerous precedent which would jeopardise legal certainty and impair the uniform implementation of European treaties*"⁵⁸⁵ ([h]a habido casos en que los Estados han solicitado a la Secretaría información acerca de si las reservas existentes podían modificarse y de qué forma. En su respuesta, la Secretaría siempre insistió en que no son aceptables las modificaciones que conlleven una ampliación del alcance de las reservas existentes. Se aplica a este respecto el mismo razonamiento que en el caso de las reservas tardías (...). Permitir tales modificaciones sentaría un precedente peligroso que atentaría contra la seguridad jurídica e impediría la aplicación uniforme de los tratados europeos).

5) El mismo autor se pregunta si un Estado puede denunciar un tratado al que ha hecho reservas para ratificarlo a continuación formulando reservas de mayor alcance. El autor

⁵⁸⁵ Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, 1999, pág. 96. Se puede relacionar esta postura con la adoptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Chrysostomos et as. c. Turquía* (decisión de 4 de marzo de 1991, causas Nos. 15299/89, 15300/89 y 15318/89, *R.U.D.H. 1991*, pág. 193).

considera que dicho acto podría constituir un abuso de derecho, para lo cual se basa, desde luego, en aspectos específicos de las convenciones del Consejo de Europa⁵⁸⁶.

6) Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión consideró que no era pertinente trasladar al plano universal una práctica regional (que, además, no se verifica en todos los casos⁵⁸⁷) y que en materia de ampliación de reservas existentes no sería lógico aplicar reglas distintas de las aplicables a la formulación tardía de reservas.

7) En el caso de que un Estado o una organización internacional, tras haber expresado su consentimiento, junto con una reserva, desee ampliar el alcance de ésta, es decir, modificar a su favor el efecto jurídico de las disposiciones del tratado a las que se refería la reserva, las disposiciones aplicables a la formulación tardía deben aplicarse plenamente, y por las mismas razones:

- es fundamental que no se aliente la formulación tardía de restricciones a la aplicación del tratado;
- por otra parte, puede haber razones legítimas que lleven a un Estado o a una organización internacional a desear modificar una reserva anterior y, en algunos casos,

⁵⁸⁶ *Ibid.* Puede interpretarse en este sentido la decisión del Tribunal Federal de Suiza de 17 de diciembre de 1992 en el caso *Elisabeth B. c. Consejo de Estado del cantón de Turgovia* (*Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, págs. 523 a 537); véase el séptimo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/526/Add.3, párrs. 199 y 200. En relación con esta cuestión, véase J. F. Flauss, "Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, § 1", *R.U.D.H.* 1993, pág. 303. A este respecto, cabe señalar que el 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tabago denunció el Protocolo Facultativo para ratificarlo de nuevo el mismo día con una nueva reserva (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003* (publicaciones de las Naciones Unidas, ST/LEG/SER.E/22, vol. 1, cap. V.5, pág. 222, nota 3). Después de varias objeciones y de una decisión del Comité de Derechos Humanos de 31 de diciembre de 1999 (comunicación N° 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999 - véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/508, párr. 12), Trinidad y Tabago denunció una vez más el Protocolo el 27 de marzo de 2000 (*Traités multilatéraux...*, *ibid.*). No obstante, no se trataba de la modificación de una reserva existente, sino de la formulación de una reserva totalmente nueva.

⁵⁸⁷ Véase el comentario del proyecto de directriz 2.3.1 en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 539, párr. 14, nota 1164.

quizás pueda el autor de la reserva denunciar el tratado para ratificarlo nuevamente después con una "reserva ampliada";

- las partes en un tratado siempre tienen la posibilidad de modificarlo en cualquier momento por acuerdo unánime⁵⁸⁸; por lo tanto, también les es posible autorizar, por unanimidad, a una de las partes a modificar, asimismo en cualquier momento, los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación a ella; y
- la exigencia del consentimiento unánime de las otras partes con respecto a la ampliación del alcance de la reserva parecen constituir una salvaguardia suficiente contra los abusos.

8) Además, por lo menos en el plano universal, la renuencia -justificada- a alentar a las partes en un tratado a ampliar el alcance de sus reservas después de la manifestación de su consentimiento en obligarse, no ha impedido que la práctica en materia de ampliación del alcance de las reservas se base en la práctica relativa a su formulación tardía⁵⁸⁹, lo cual en efecto parece ser de sentido común.

9) Por otra parte, los depositarios tratan las "modificaciones ampliativas" de la misma manera que las reservas tardías. Cuando reciben una petición de esta índole de una de las partes, los

⁵⁸⁸ Véase el artículo 39 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

⁵⁸⁹ G. Gaja da el ejemplo de la "corrección" por Francia, el 11 de agosto de 1982, de la reserva que figura en su instrumento de aprobación del Protocolo de 1978 relativo al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 1973, depositado en poder del Secretario General de la Organización Marítima Internacional (OMI) el 25 de septiembre de 1981 ("Unruly Treaty Reservations", *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milán, 1987, págs. 311 y 312). Se trata de un caso un poco particular dado que en la fecha en que se realizó la "corrección", el Protocolo MARPOL no estaba aún en vigor para Francia; en ese caso, no parece que el depositario tenga que supeditar la aceptación del nuevo texto al acuerdo unánime de las otras Partes, algunas de las cuales, por lo demás, formularon objeciones a la reserva así modificada (véase *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of which the International Maritime Organization or Its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 2002*, J/2387, pág. 81).

depositarios consultan a todas las demás partes y sólo aceptan la nueva redacción de la reserva si ninguna de ellas se opone a ello antes de la expiración del plazo fijado para contestar.

10) De esta forma, Finlandia, que el 1º de abril de 1985, cuando se adhirió al Protocolo sobre el marcado de carreteras, de 1973, adicional al Acuerdo Europeo que complementa la Convención sobre la señalización vial de 1968, formuló una reserva a una disposición técnica de este instrumento⁵⁹⁰. Diez años más tarde, el 5 de septiembre de 1995, Finlandia declaró que la reserva que había formulado se aplicaba asimismo a un supuesto distinto del que había indicado inicialmente⁵⁹¹:

"Con arreglo a la práctica seguida en casos análogos, el Secretario General propuso recibir en depósito la modificación, salvo objeción por parte de algún Estado contratante, bien al depósito mismo o al procedimiento previsto. Puesto que, transcurrido el plazo de 90 días a contar desde la fecha de distribución (el 20 de diciembre de 1995), ninguno de los Estados contratantes había notificado al Secretario General su objeción, ni al depósito mismo ni al procedimiento previsto, dicha declaración se recibió en depósito el 19 de marzo de 1996."⁵⁹²

El procedimiento seguido por el Secretario General es idéntico al que se utiliza habitualmente en el caso de la formulación tardía de reservas^{593 594}.

⁵⁹⁰ En virtud de su reserva inicial al párrafo 6 del anexo, Finlandia se reservaba "el derecho a utilizar el color amarillo para marcar la línea continua que delimita las vías correspondientes a sentidos de circulación opuestos" (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, cap. XI.B.25, vol. 1, pág. 855).

⁵⁹¹ "... la reserva formulada por Finlandia se aplica también a la línea de separación para advertir de la existencia de un peligro" (ibíd.).

⁵⁹² Ibíd., nota 586.

⁵⁹³ Véase el comentario al proyecto de directriz 2.3.1 ("Formulación tardía de una reserva"), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párrs. 11 y 13, págs. 537 y 538.

⁵⁹⁴ No obstante, cabe señalar que en la actualidad el plazo previsto sería de 12 meses y no de 90 días (véase el proyecto de directriz 2.3.2 ("Aceptación de la formulación tardía de una

11) Por su parte, el Gobierno de Maldivas notificó al Secretario General de las Naciones Unidas el 29 de enero de 1999 la modificación de las reservas formuladas cuando se adhirió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en 1993). Alemania, que había hecho una objeción a las reservas iniciales, se opuso también a la modificación de éstas señalando, en particular:

"... que un Estado no puede formular reservas a un tratado más que en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación o la aprobación del tratado, o en el momento de adherirse a él (artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Una vez que un Estado se ha obligado por un tratado en virtud del derecho internacional, no puede formular nuevas reservas ni ampliar las reservas anteriores o añadir adiciones a éstas. Sólo puede retirar total o parcialmente las reservas iniciales, lo que el Gobierno de la República de Maldivas lamentablemente no ha hecho con su modificación."⁵⁹⁵

12) No obstante, así como no había hecho ninguna objeción a la reserva inicial de Maldivas oponiéndose a su entrada en vigor entre los dos Estados, Alemania no se opuso formalmente a la modificación como tal. Ello confirma las dudas de algunos miembros de la Comisión en cuanto a la conveniencia de utilizar el término "objeción" para referirse a la oposición de los Estados a la modificación tardía de reservas: un Estado puede admitir perfectamente *la operación* de la modificación y hacer una objeción al *contenido* de la reserva modificada⁵⁹⁶. Sin embargo, dado que, a pesar de la opinión de una mayoría de sus miembros, la Comisión ha mantenido el término

reserva"), *ibíd.*, pág. 544 y, en particular, los párrafos 5) a 10) del comentario, *ibíd.*, págs. 545 a 547).

⁵⁹⁵ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 de décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. I, cap. IV.8, pág. 269, nota 40. Respecto de la objeción inicial de Alemania, véase la página 247. Finlandia también se opuso a la modificación de las reservas de Maldivas; *ibíd.*, pág. 269. Las objeciones de Alemania y Finlandia se presentaron transcurridos más de 90 días de la notificación de la modificación, plazo entonces establecido por el Secretario General.

⁵⁹⁶ Véase el párrafo 23 del comentario al proyecto de directriz 2.3.1, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 543.

"objeción" para referirse a la oposición de los Estados a la formulación tardía de reservas en los proyectos de directriz 2.3.2 y 2.3.3⁵⁹⁷, la Comisión consideró preferible mantener la misma terminología en el presente caso.

13) El proyecto de directriz 2.3.5 remite expresamente a los proyectos de directriz 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3, relativos a la formulación tardía de reservas. No se ha considerado útil indicar expresamente en el texto que esos proyectos son los que figuran inmediatamente antes en la Guía de la práctica.

14) Sin embargo, conviene señalar que la transposición de las reglas aplicables a la formulación tardía de reservas, que figuran en el proyecto de directriz 2.3.3, a la ampliación del alcance de una reserva existente no puede hacerse sin más. En ambos supuestos, la situación preexistente se mantiene en caso de "objeción" hecha por cualquiera de las partes contratantes; pero este supuesto es diferente: antes de la formulación tardía de una nueva reserva, el tratado se aplicaba en su integridad entre las partes contratantes; en la medida en que no se hicieran otras reservas, mientras que en el caso de la ampliación tardía del alcance de una reserva, ésta ya era efectiva y surtía los efectos reconocidos por las Convenciones de Viena. La segunda oración del proyecto de directriz 2.3.5 tiene en cuenta esta diferencia entre los dos supuestos al establecer que, en el segundo, la reserva hecha inicialmente permanece inalterada en caso de "objeción" a la ampliación de su alcance.

15) La Comisión no ha considerado útil definir en un proyecto de directriz qué se entiende por "ampliación del alcance de una reserva", porque el significado de esta expresión parece evidente. Teniendo en cuenta la definición de las reservas que figura en los proyectos de directriz 1.1 y 1.1.1, está claro que esta expresión se refiere a cualquier modificación que tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del 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, de manera más amplia que la reserva hecha inicialmente.

⁵⁹⁷ Véase el texto de esos proyectos, *ibíd.*, pág. 513.

2.4.9. Modificación de una declaración interpretativa

Salvo que el tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse o modificarse en momentos determinados, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento.

Comentario

- 1) Con arreglo a la definición que figura en el proyecto de directriz 1.2, las declaraciones interpretativas "simples" consisten en simples aclaraciones del sentido o del alcance de las disposiciones del tratado. Esas declaraciones se pueden formular en cualquier momento⁵⁹⁸ (salvo que el tratado disponga otra cosa⁵⁹⁹) y no están sujetas a la obligación de confirmación⁶⁰⁰. Por consiguiente, nada se opone a que sean modificadas en cualquier momento si no hay una disposición convencional que establezca que la interpretación debe hacerse en un momento determinado. Es lo que indica el proyecto de directriz 2.4.9, cuyo texto combina esos dos proyectos de directriz: 2.4.3 ("Momento en que se puede formular una declaración interpretativa") y 2.4.6 ("Formulación tardía de una declaración interpretativa").
- 2) De esto se desprende que una declaración interpretativa "simple" puede ser modificada en cualquier momento, salvo disposición en contrario del propio tratado, ya sea que limite en el tiempo la posibilidad de hacer tales declaraciones, ya sea en el supuesto bastante poco probable, pero que no cabe excluir en principio, en que el tratado limite expresamente la posibilidad de modificar las declaraciones interpretativas.
- 3) Hay pocos ejemplos claros para ilustrar este proyecto de directriz. No obstante, se puede señalar la modificación por México, en 1987, de la declaración relativa al artículo 16 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979, realizada en el momento de la adhesión, en 1987⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Véase el proyecto de directriz 2.4.3.

⁵⁹⁹ Véase el proyecto de directriz 2.4.6.

⁶⁰⁰ Véase el proyecto de directriz 2.4.4.

⁶⁰¹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. II, cap. XVIII.5, pág. 114.

4) También cabe mencionar la modificación por un Estado de declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula facultativa⁶⁰² o por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado⁶⁰³, aunque tales declaraciones quedan fuera del "ámbito de aplicación de la... Guía de la práctica"⁶⁰⁴. Por otro lado, el 7 de marzo de 2002, Bulgaria modificó una declaración hecha en el momento de la firma y confirmada en el momento del depósito de su instrumento de ratificación (en 1994)- de la Convención Europea de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959⁶⁰⁵; no obstante, puede considerarse que se trata más bien de la interpretación de una reserva que de una declaración interpretativa propiamente dicha⁶⁰⁶.

5) En resumen, a pesar de la escasez de ejemplos convincentes, el proyecto de directriz 2.4.9 parece desprenderse lógicamente de la definición misma de las declaraciones interpretativas.

6) Huelga decir que, si un tratado dispone que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse en momentos determinados, *a fortiori* tal declaración no puede modificarse en otros momentos. En caso de que el tratado limite en el tiempo la posibilidad de hacer o

⁶⁰² Véase, por ejemplo, la modificación por Australia y Nueva Zelandia de las declaraciones hechas en virtud del artículo 24, párr. 2 ii), del Acuerdo por el que se crea el Banco Asiático de Desarrollo con ocasión de la ratificación de dicho Acuerdo (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. 1, cap. X.4, pág. 523).

⁶⁰³ Véase, por ejemplo, la nota de la Embajada de México en La Haya, de 24 de enero de 2002, por la que se informaba al depositario de la Convención relativa a la firma y la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 15 de noviembre de 1965, de una modificación de sus condiciones en relación con la aplicación del artículo 5 de dicha Convención (<http://www.hcch.net/f/conventions/text14f.html>).

⁶⁰⁴ Proyectos de directriz 1.4.6 ó 1.4.7.

⁶⁰⁵ <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/DECLAREList.asp>.

⁶⁰⁶ Véase también *ibíd.*: la modificación, en 1988, de la "declaración interpretativa" suiza de 1974 relativa al artículo 6, párr. 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos tras la sentencia *Belilos*, de 29 de abril de 1988. No obstante, por una parte, el Tribunal había considerado esta "declaración" como una reserva y, por otra, Suiza se limitó simplemente a retirar su declaración con carácter retroactivo tras la decisión del Tribunal Federal Suizo de 17 de diciembre de 1992 en el asunto *Elisabeth B. c. Consejo de Estado del cantón de Thurgovie* (véase la nota 586 *supra*).

modificar una declaración interpretativa, las reglas aplicables a la formulación tardía de tal declaración, enunciadas en el proyecto de directriz 2.4.6, deberían aplicarse *mutatis mutandis* si, no obstante esta limitación, un Estado o una organización internacional tuviese el propósito de modificar una declaración interpretativa anterior: esa modificación sólo sería posible si no hiciera ninguna objeción cualquiera de las demás partes contratantes.

2.4.10. Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional

La limitación y la ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional se regirán por las reglas aplicables respectivamente al retiro parcial y a la ampliación del alcance de una reserva.

Comentario

1) A diferencia de la modificación de las declaraciones interpretativas "simples", la de las declaraciones interpretativas condicionales no puede hacerse discrecionalmente; en principio, tales declaraciones sólo pueden ser formuladas (o confirmadas) en el momento de la manifestación por el Estado o la organización internacional de su consentimiento en obligarse por el tratado⁶⁰⁷ y toda formulación tardía queda excluida "a menos que ninguna de las demás partes contratantes se opongan a la formulación tardía de esa declaración"⁶⁰⁸. Cualquier modificación es, pues, semejante a una formulación tardía, que sólo puede llegar a ser "efectiva" si no tropieza con la oposición de cualquiera de las demás partes contratantes. Esto es lo que indica el proyecto de directriz 2.4.10.

2) Si bien, en algunos casos, puede resultar difícil determinar si una modificación tiene por objeto limitar o ampliar el alcance de una declaración interpretativa condicional, una mayoría de los miembros de la Comisión consideró que no había motivos para apartarse en este caso de las reglas relativas a la modificación de las reservas y que, en consecuencia, era preciso remitirse a

⁶⁰⁷ Veáanse los proyectos de directriz 1.2.1 y 2.4.5.

⁶⁰⁸ Proyecto de directriz 2.4.8.

las reglas aplicables respectivamente al retiro parcial⁶⁰⁹ y a la ampliación del alcance de una reserva⁶¹⁰.

3) En el segundo supuesto, las reglas aplicables son también, pues, las mismas que figuran en el proyecto de directriz 2.4.8, relativo a la "Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional", que dice así:

"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."⁶¹¹

4) La Comisión es consciente de que también cabría la posibilidad de que una parte en un tratado renunciara a convertir una declaración interpretativa en una condición para su participación en un tratado manteniéndola como interpretación "simple". Sin embargo, se trata de una cuestión teórica, de la que no parece haber ningún ejemplo⁶¹². Por eso sin duda es inútil

⁶⁰⁹ Véanse los proyectos de directriz 2.5.10 y 2.5.11.

⁶¹⁰ Véase el proyecto de directriz 2.3.5.

⁶¹¹ Por lo que respecta al comentario a este proyecto, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 562 y 563.

⁶¹² Por el contrario, existen ejemplos de declaraciones que precisan que declaraciones interpretativas anteriores no constituyen reservas. Véase, por ejemplo, la "comunicación ulterior" (sin fecha), por la que el Gobierno francés señaló que el primer párrafo de la "declaración" hecha en el momento de la ratificación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966," no tenía como finalidad limitar el alcance de las obligaciones enunciadas en la Convención en lo que respecta a Francia, sino dejar constancia de su interpretación del artículo 4 de dicha Convención" (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. I, cap. IV.2, pág. 156, nota 20). Véase también, por ejemplo, las declaraciones de Indonesia o de Malasia respecto de las declaraciones que acompañaban a su ratificación del Convenio constitutivo de la OMI, de 6 de marzo de 1948, *ibid.*, vol. II, cap. XII.1, pág. 10, notas 15 y 17; o la postura de la India respecto de la misma Convención

dedicar un proyecto de directriz a este supuesto, sobre todo teniendo en cuenta que ello equivaldría, en realidad, a retirar la declaración en cuestión en tanto que declaración interpretativa *condicional* y, por tanto, se trataría de un retiro puro y simple al que se aplicarían las reglas enunciadas en el proyecto de directriz 2.5.13, de las que resulta que dicho retiro puede efectuarse en cualquier momento.

2.5.12. Retiro de una declaración interpretativa

Una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento, siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación, por las autoridades competentes para este fin.

Comentario

1) Del proyecto de directriz 2.4.3 se desprende que, salvo excepciones previstas en el tratado⁶¹³, una declaración interpretativa "simple" "podrá ser formulada en cualquier momento". De ello se deduce evidentemente que una declaración de este tipo podrá también ser retirada en cualquier momento y sin ninguna formalidad especial. Por lo demás, resultaría paradójico que la facultad de retirar una declaración interpretativa estuviese más limitada que la de retirar una reserva, la cual puede efectuarse "en cualquier momento"⁶¹⁴.

2) Si bien no es frecuente que los Estados retiren declaraciones interpretativas, a veces lo hacen. Así, el 1º de marzo de 1990, el Gobierno italiano hizo saber al Secretario General de las Naciones Unidas que "retiraba la declaración según la cual no reconocía las disposiciones de los artículos 17 y 18 [de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951], sino como meras recomendaciones"⁶¹⁵. Asimismo, "[e]l 20 de abril de 2001, el

(véase *Ibid.*, pág. 10, nota 14; véase también O. Schachter, "The Question of Treaty Reservations at the 1959 General Assembly", 54 *A.J.I.L.* (1960), págs. 372 a 379).

⁶¹³ Véase el proyecto de directriz 2.4.6.

⁶¹⁴ Véase el párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y el proyecto de directriz 2.5.1.

⁶¹⁵ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. 1, cap. V.2, pág. 364, nota 23. Subsisten dudas acerca de la naturaleza de esta declaración. También existen retiros de "declaraciones de no reconocimiento" (cf., por ejemplo, el retiro de las declaraciones egipcias respecto de Israel en lo que se refiere a la

Gobierno finlandés informó al Secretario General [de las Naciones Unidas] de que había decidido retirar la declaración relativa al párrafo 2 del artículo 7 hecha en el momento de la ratificación" de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (ratificada por este país en 1977)⁶¹⁶.

- 3) Esta práctica es compatible con el carácter muy poco formalista de las declaraciones interpretativas.
- 4) No obstante, el retiro de una declaración interpretativa debe respetar los escasos requisitos enunciados en los proyectos de directriz 2.4.1 y 2.4.2 en lo que concierne a las autoridades competentes para formular ese tipo de declaraciones (que son las mismas que pueden representar al Estado o la organización internacional para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar su consentimiento en obligarse). La fórmula empleada en el proyecto de directriz 2.5.12 remite implícitamente a esas disposiciones.

2.5.13. Retiro de una declaración interpretativa condicional

El retiro de una declaración interpretativa condicional se regirá por las reglas aplicables al retiro de una reserva.

Comentario

- 1) A diferencia de las declaraciones interpretativas simples, las declaraciones interpretativas condicionales se rigen, en lo que se refiere a su formulación, por el régimen jurídico de las reservas: deben ser formuladas en el momento de la manifestación del consentimiento del

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, o a la Convención Única sobre Estupefacientes, tras el Acuerdo de Camp-David de 1980, *ibíd.*, cap. IV.2, pág. 156, nota 18 o cap. VI.15, pág. 417, nota 19), si bien estas declaraciones quedan fuera "del ámbito de aplicación de la... Guía de la práctica" (proyecto de directriz 1.4.3).

⁶¹⁶ *Ibíd.*, vol. II, cap. XXIII.1, pág. 350, nota 13. La declaración se refería a los poderes respectivos del Presidente de la República, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores para celebrar tratados. Véase también el retiro por Nueva Zelanda de una declaración hecha en el momento de la ratificación del Acuerdo por el que se crea el Banco Asiático de Desarrollo (*ibíd.*, vol. I, cap. X.4, pág. 525, nota 9).

Estado o de la organización internacional en obligarse⁶¹⁷, a menos que alguna de las otras partes contratantes no se opongan a su formulación en una fecha posterior.

2) De esto se desprende inevitablemente que las reglas aplicables al retiro de las declaraciones interpretativas condicionales son necesariamente idénticas a las aplicables a las reservas en estos campos, lo que no puede más que reforzar la postura según la cual no procede dedicar proyectos de directriz específicos a estas declaraciones. Sin embargo, la Comisión ha considerado prematuro adoptar una decisión definitiva al respecto, hasta que este "presentimiento" no se haya verificado en lo que respecta a las reglas relativas a la validez de las reservas, por una parte, y las declaraciones interpretativas condicionales, por otra.

3) A la espera de que se adopte una postura definitiva acerca de este problema de principio, las reglas a las que remite implícitamente el proyecto de directriz 2.5.13 son las que figuran en los proyectos de directriz 2.5.1 a 2.5.9.

⁶¹⁷ Véase el proyecto de directriz 1.2.1.

CAPÍTULO X

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

296. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión, después de haber examinado el estudio de viabilidad⁶¹⁸ que se había realizado sobre el tema "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", decidió incluir ese tema en su programa de trabajo a largo plazo⁶¹⁹. Dos años más tarde, en su 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio. Decidió también cambiar el título del tema por el de "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional"⁶²⁰. La Comisión aprobó asimismo una serie de recomendaciones, incluida la de realizar una serie de estudios, comenzando por el que habría 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 "regímenes autónomos"".

297. En su 55º período de sesiones, en 2003, la Comisión nombró Presidente del Grupo de Estudio al Sr. Martti Koskenniemi. Estableció también un calendario provisional de los trabajos que había de llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003 a 2006), distribuyó entre los miembros del Grupo de Estudio la labor sobre los demás temas acordados en 2002⁶²¹ y

⁶¹⁸ 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.

⁶¹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, cap. IX, sec. A.1, párr. 729.

⁶²⁰ *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, cap. IX, sec. A, párrs. 492 a 494.

⁶²¹ 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

decidió la metodología que había que adoptar para esa labor. Asimismo la Comisión realizó un examen preliminar de un esquema presentado por el Presidente del Grupo de Estudio sobre la siguiente cuestión: "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)".

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

298. En el actual período de sesiones, la Comisión reconstituyó el Grupo de Estudio y éste celebró ocho sesiones, los días 12 y 17 de mayo, 3 de junio y 15, 19, 21, 26 y 28 de julio de 2004. También tuvo ante sí el informe preliminar sobre el Estudio de la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos (*self-contained regimes*) (ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 y Add.1) preparado por el Sr. Martti Koskenniemi, Presidente del Grupo de Estudio, así como esquemas relativos a los siguientes estudios: Estudio de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (ILC(LVI)SG/FIL/CRD.2), preparado por el Sr. Teodor Melescanu; Estudio de 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 (ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.3/Rev.1), preparado por el Sr. William Mansfield; Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.4), preparado por el Sr. Riad Daoudi; y Estudio de la jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103

internacional; b) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); 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); d) La jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto.

de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto (ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.5), preparado por el Sr. Zdzislaw Galicki⁶²².

299. En su 2828ª sesión, el 4 de agosto de 2004, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio.

C. Informe del Grupo de Estudio

1. Observaciones generales y resultado previsto de los trabajos del Grupo de Estudio

300. El Grupo de Estudio comenzó por examinar el informe de su período de sesiones de 2003 (A/58/10, párrs. 415 a 435) así como el Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su quincuagésimo octavo período de sesiones, preparado por la Secretaría (A/CN.4/537, sec. G).

301. El Grupo de Estudio reafirmó que su mandato se limitaba esencialmente a lo expresado en el título completo del Grupo de Estudio. La intención era estudiar tanto los aspectos positivos como los negativos de la fragmentación como expresión de la diversificación y expansión del derecho internacional. El Grupo de Estudio decidió cumplir su tarea sobre la base del calendario provisional, el programa de trabajo y la metodología aprobados en su período de sesiones de 2003 (A/58/10, párrs. 424 a 428).

302. El Grupo de Estudio acogió con satisfacción las observaciones formuladas en la Sexta Comisión durante el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, en 2003. Observó que las decisiones relativas a la dirección de los trabajos del Grupo de Estudio habían recibido respaldo general. En especial, la decisión de concentrarse en las cuestiones de fondo y de dejar de lado las repercusiones institucionales de la fragmentación, así como la decisión de centrar los trabajos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, habían parecido aceptables a los miembros de la Sexta Comisión. El Grupo de Estudio también tomó nota del deseo expresado por las delegaciones de que llegara en sus trabajos a conclusiones prácticas. A este respecto, el Grupo de Estudio también examinó la cuestión del resultado final

⁶²² Los documentos pueden solicitarse a la División de la Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

de su labor. Si bien algunos miembros del Grupo de Estudio estimaban que el objetivo debía ser la elaboración de unas directrices con sus comentarios, otros eran escépticos en cuanto a la posibilidad de realizar una labor normativa. Ahora bien, hubo acuerdo en que la actividad analítica sería por sí misma de utilidad y que como mínimo el Grupo de Estudio debía emitir sus propias conclusiones, sobre la base de los estudios, con respecto a la naturaleza y las consecuencias del fenómeno de la "fragmentación" del derecho internacional. El Grupo de Estudio confirmó su intención de elaborar como resultado de sus trabajos un documento de síntesis sobre las cuestiones de fondo. Este documento se presentaría a la Comisión en 2006. En él figurarían los aspectos esenciales de los distintos informes elaborados por los miembros del Grupo de Estudio, tal como habían sido modificados y completados durante los debates en el seno del Grupo. Ese documento final constaría de dos partes: a) un estudio de fondo sobre el tema, y b) un breve resumen de las conclusiones propuestas, así como, en su caso, unas directrices sobre la manera de tratar la cuestión de la fragmentación.

2. Examen del estudio de la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)

303. El Grupo de Estudio comenzó el examen de fondo del estudio elaborado por el Presidente sobre "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)" (ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1, de 7 de mayo de 2004, y Add.1, de 4 de mayo de 2004). El estudio incluía a modo de preámbulo una tipología de la fragmentación, basada en la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de 2003. La tipología distinguía entre tres clases de fragmentación: a) la fragmentación derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) la fragmentación resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) la fragmentación dimanante del conflicto entre diferentes tipos de derecho especial. Como estas distinciones ya se habían aprobado en 2003, no era necesario examinarlas en esta ocasión. En lugar de ello, el Grupo de Estudio decidió pasar directamente al fondo del estudio. Éste se dividía en dos partes. La primera versaba sobre el principio de la *lex specialis*, mientras que la segunda (Add.1) giraba en torno a los "regímenes autónomos".

a) *Lex specialis*

304. Al presentar la parte del estudio dedicada a la función y el alcance de la norma de la *lex specialis*, el Presidente recalcó varios puntos. Primero, que el recurso a la norma de la *lex specialis* era un aspecto del razonamiento jurídico que se relacionaba estrechamente con la idea del derecho internacional como sistema jurídico. El principio de la *lex specialis* tenía por objeto armonizar las normas en conflicto mediante la interpretación o el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas. En realidad, dijo, a menudo era difícil distinguir entre ambos aspectos del funcionamiento de esta técnica: la interpretación de un derecho especial a la luz del derecho general y el descarte del derecho general en razón de un conflicto con una norma específica. Puso de relieve el carácter relacional de la distinción entre lo general y lo especial. Una norma nunca era "general" o "especial" en abstracto, sino siempre en relación con otra norma. El carácter "especial" de una norma podía derivarse, por ejemplo, del número de Estados a los que se aplicaba o de la extensión de la materia. Una norma (por ejemplo un tratado de buena vecindad) podía ser especial en el primer sentido pero general en el segundo. La adopción de un enfoque sistemático era importante precisamente para no hacerse una idea demasiado formal o rígida de la *lex specialis*. Su aplicación siempre estaba condicionada por el entorno del sistema jurídico al que pertenecía.

305. Segundo, el Presidente observó que el principio de que el derecho especial constituía una excepción al derecho general era un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de los conflictos de normas. Existía una amplia jurisprudencia que recurría a la técnica de la *lex specialis*. La Comisión de Derecho Internacional también había aprobado ese principio en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El Presidente atribuía la aceptación de la norma de la *lex specialis* a su eficacia como método de razonamiento: era pragmática, más clara y más precisa, por lo que se la consideraba "más estricta", "más vinculante" que la norma general. Además, la norma especial regulaba la materia que constituía su objeto de manera más eficaz y eficiente, y su utilidad residía en que reflejaba mejor la voluntad de las partes.

306. Tercero, el Presidente distinguió entre cuatro situaciones en que la norma de la *lex specialis* había sido aplicada en la jurisprudencia; así, la norma puede aplicarse para determinar la relación: a) entre dos disposiciones (especial y general) dentro de un mismo instrumento, como en el *arbitraje relativo al Canal de Beagle*⁶²³; b) entre las disposiciones de dos instrumentos diferentes, como en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*⁶²⁴, y de manera más típica en un entorno sistémico como el de la OMC⁶²⁵; c) entre un tratado y una norma no convencional, como sucedió en el asunto *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*⁶²⁶; d) entre dos normas no convencionales, como en el asunto del *derecho de paso por territorio indio*⁶²⁷, en el que se aplicó un razonamiento análogo aunque sin expresarlo en términos de *lex specialis*.

307. Cuarto, el Presidente sugirió que si bien no existía una jerarquía formal entre las fuentes de derecho internacional, había cierto tipo de jerarquía informal que surgía pragmáticamente como un aspecto "forense" o "natural" del razonamiento jurídico, que prefería la norma especial a la más general. El Presidente sugirió que esta jerarquía pragmática era expresión de la base consensual del derecho internacional: a menudo se daba preferencia a la norma especial porque

⁶²³ Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 18 de febrero de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, pág. 55. Véase también 52 *I.L.R.* (1979), pág. 97.

⁶²⁴ *Mavrommatis Palestine Concessions case*, *P.C.I.J. Series A*, N° 2 (1924), pág. 31.

⁶²⁵ Véanse por ejemplo *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 31 de mayo de 1999, WT/DS34/R, párr. 9.92; *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, 2 de julio de 1998, WT/DS54/, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, párr. 14.28; *India - Qualitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 6 de abril de 1999, WT/DS90/R, párr. 4.20. Véase también por ejemplo dentro de la Unión Europea, *JT's Corporation Ltd. v. Commission of the European Communities*, Tribunal de Primera Instancia, sentencia de 12 de octubre de 2000, Tribunal Europeo de Justicia, caso T-123/99, (2000) ECR II-3269, pág. 3292 (párr. 50).

⁶²⁶ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *INA Corporations*, caso N° 161, 8 de julio de 1985, *Iran-U.S. CTR* 1985-I, vol. 8, pág. 378.

⁶²⁷ *Right of Passage over Indian Territory (merits) (Portugal c. la India)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1960, pág. 44.

no sólo reflejaba mejor las necesidades del contexto, sino porque reflejaba mejor el propósito de quienes debían quedar vinculados por ella.

308. Quinto, el Presidente señaló que había dos maneras en que el derecho tenía en cuenta la relación de una norma particular con una general. En el primer caso, la norma especial podía verse como una *aplicación, profundización o actualización* de una norma general. En el segundo, la norma especial se consideraba, por el contrario, como una *modificación, reformulación o exclusión* de la norma general (por ejemplo, la *lex specialis* es una excepción a la norma general). El Presidente insistió en que a menudo era imposible decir si una norma debía considerarse como "aplicación" o como "exclusión" de otra norma. En alguna medida esta distinción -y con ello la distinción entre la *lex specialis* como norma de interpretación y como norma de conflicto- era artificial. Ambos aspectos eran por tanto pertinentes en el estudio de la *lex specialis*. El Presidente hizo hincapié en que incluso en las situaciones en que la norma se utilizaba como técnica de solución de los conflictos, no extinguía en su totalidad la disposición jurídica general que quedaba excluida en el momento de su aplicación, pues ésta se mantendría "en un segundo plano" y afectaría a la interpretación de aquélla.

309. Sexto, el Presidente señaló que en su mayor parte el derecho internacional general era de carácter dispositivo, vale decir, que la *lex specialis* podía dejarlo sin efecto. Sin embargo, había circunstancias en que el derecho general prohibía expresamente cualquier modificación que lo dejara sin efecto o en que esa prohibición se derivaba de la naturaleza del derecho general. El caso más conocido era el *jus cogens*. Ahora bien, fuera de ese caso existían también otras situaciones en que no se permitía apartarse del derecho internacional general. Los elementos pertinentes que había que tomar en consideración eran por ejemplo los beneficiarios de la obligación y si la derogación podía prohibirse, por ejemplo, cuando era posible que alterase el equilibrio establecido con arreglo a un tratado general entre los derechos y las obligaciones de las partes.

310. Por último, el Presidente observó que existía un aspecto de la cuestión de la *lex specialis* al que no se había referido en su informe, concretamente la cuestión de los regímenes regionales y

del regionalismo. Elaboraría un informe complementario sobre esta cuestión para el Grupo de Estudio en 2005. El Grupo de Estudio recibió con agrado esta sugerencia.

311. El Grupo de Estudio aprobó la perspectiva "sistémica" adoptada en el estudio y la conclusión de que el derecho internacional general permanecía siempre subyacente tras las normas y los regímenes especiales. Incluso teniendo en cuenta que una norma de derecho especial a veces se apartaba del derecho general, asuntos como el del *Derecho de paso* o el *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros* demostraban que el derecho general no quedaba por ello excluido, sino que continuaba teniendo efecto "en un segundo plano". Algunos miembros del Grupo de Estudio se preguntaban sin embargo si sería posible describir más claramente lo que esto significaba en la práctica. Se afirmó que el estudio de la jurisprudencia arrojaba una luz muy útil sobre el papel y funcionamiento del principio de la *lex specialis* como técnica de razonamiento jurídico en derecho internacional. El Grupo de Estudio estuvo de acuerdo, sin embargo, en que no habría motivo -en realidad no existían posibilidades- de elaborar normas estrictas o formales para la aplicación de ese principio. A veces el principio funcionaba como una regla de interpretación y otras como una técnica de solución de conflictos. La forma en la que debía utilizarse dependía de la situación, en particular del entorno normativo. Se señaló que, además de lo que se había dicho en el estudio, existía una distinción entre la utilización del principio para dejar sin efecto una disposición jurídica y su empleo para el *desarrollo* del derecho, y que la proximidad de esos dos aspectos ponía de realce su naturaleza informal y dependiente del contexto. Lo mismo era cierto con respecto a una distinción conexas: la que existía entre el carácter permisible de una derogación y la determinación del contenido de la norma derogatoria. Por ejemplo, incluso si la derogación estuviera prohibida, la *lex specialis* podría seguir siendo aplicable como "desarrollo" de la norma correspondiente.

312. En el debate del Grupo de Estudio se dio amplio respaldo a las conclusiones del estudio. A la vez se hizo hincapié en algunos aspectos especiales. Se señaló que la dimensión temporal -en otras palabras la relación entre la *lex specialis* y la *lex posterior*- no se había examinado a fondo en el estudio. Ahora bien, se convino en que la forma en que esto debía encararse también dependía del contexto, lo que incluía la referencia a la voluntad de las partes.

313. Algunos miembros del Grupo de Estudio dudaban de la sugerencia de que el principio de la *lex specialis* entrañara una jerarquía informal. En su opinión no existía jerarquía, ni formal ni informal, entre las fuentes del derecho internacional. Si habitualmente se daba primacía a un tratado sobre la costumbre general no era debido a una jerarquía de derecho, sino simplemente a la necesidad de dar efecto a la voluntad de las partes; no podía excluirse que por el mismo motivo una costumbre especial pudiese tener primacía sobre un tratado general. En todo caso, existían motivos para distinguir entre la jerarquía de las fuentes del derecho y la jerarquía de las normas jurídicas. También hubo cierta crítica al tratamiento dado por el Presidente a la cuestión de la posibilidad de apartarse del derecho general. Fuera de la cuestión del *jus cogens*, la del carácter permisible de la derogación seguía constituyendo una materia no aclarada.

b) Regímenes autónomos (especiales)

314. Al presentar la parte de su estudio relativa a los regímenes autónomos (Add.1), el Presidente señaló que la idea central del informe preliminar era poner de relieve que el derecho general conservaba su importancia. Esto era natural, afirmó, pues la razón fundamental de ambos era la misma. Los regímenes autónomos eran una subcategoría de *lex specialis*.

315. El Presidente observó que la expresión "regímenes autónomos" se había utilizado en tres sentidos algo diferentes. El punto de partida de su análisis era el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado elaborado por la Comisión, que daba dos ejemplos a este respecto: la sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Vapor "Wimbledon"* (1923)⁶²⁸ y la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Rehenes* (1980)⁶²⁹. Ahora bien, estos asuntos concernían a situaciones algo diferentes. El primero (sentido amplio) se refería a una serie de disposiciones convencionales que versaban sobre una misma cuestión (concretamente las disposiciones del Tratado de Versalles relativas a la navegación en el canal de Kiel). El segundo (sentido restringido) hacía referencia a un conjunto especial de normas secundarias (concretamente las normas de derecho diplomático) cuya primacía se invocaba con respecto a las normas generales

⁶²⁸ *Case of the SS "Wimbledon"*, P.C.I.J. Series A, N° 1 (1923) págs. 23 y 24.

⁶²⁹ *Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, el llamado "Asunto de los rehenes", I.C.J. Reports 1980, pág. 41 (párr. 86).

sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito. El sentido más amplio designaba un conjunto especial de normas y principios relativos a la gestión de un problema determinado; el sentido restringido concernía a un régimen especial *-lex specialis-* de la responsabilidad del Estado. El Presidente señaló que en ciertos aspectos la terminología utilizada era problemática. Especialmente desafortunada era la distinción que la Comisión hacía en su comentario entre formas "fuertes" y "débiles" de *lex specialis* y al relacionar los regímenes autónomos con estas últimas. Los regímenes autónomos no eran ni más fuertes ni más débiles que otras formas de *lex specialis*.

316. En un tercer sentido, que se planteó para estimular el debate en la materia, la expresión regímenes autónomos (especiales) se empleaba a veces en los comentarios y la práctica académicos para describir esferas completas de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la "normativa de los derechos humanos", el "derecho de la OMC", el derecho humanitario, etc.). Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia recurrió a esas distinciones en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*⁶³⁰. El Presidente afirmó que los tres sentidos de "régimen autónomo" no siempre se distinguían claramente uno de otro.

317. Los Relatores Especiales de la Comisión habían utilizado constantemente el concepto de "regímenes autónomos" tanto en sentido estricto como amplio, conforme a lo descrito anteriormente. Aunque los Relatores Especiales sostuvieron que los Estados estaban facultados para establecer regímenes autónomos de responsabilidad del Estado, nunca se ha pretendido que tales regímenes constituyeran "circuitos jurídicos cerrados". La Comisión no ha tratado con detalle la cuestión de la aplicación supletoria de las normas generales en las situaciones que no se rigen expresamente por el "régimen autónomo". Ahora bien, la cuestión de un posible "retorno" al derecho general en caso de que el régimen autónomo no pudiera funcionar en la

⁶³⁰ *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, párrs. 24, 27, 34, 37 y 51. [Existe una versión en español publicada en forma mimeografiada con la signatura A/51/218, documento de la Asamblea General de 19 de julio de 1996.]

forma esperada fue estudiada por los Relatores Especiales Riphagen y Arangio Ruiz, y ambos consideraron absolutamente evidente que en esos casos debía estar permitido recurrir a las normas jurídicas generales. La conclusión principal de los debates anteriores de la Comisión era que ni la Comisión ni los Relatores Especiales -ni ninguno de los asuntos examinados regularmente a este respecto- daban por entendido que las normas especiales estarían totalmente aisladas del derecho internacional general.

318. El Presidente manifestó que, en realidad, la expresión "régimen autónomo" era una denominación equivocada por cuanto no existía un conjunto de normas -en sentido estricto o en sentido amplio- que estuviera aislado del derecho general. Dudaba incluso de que tal aislamiento fuera siquiera posible: un régimen podía recibir (o no recibir) fuerza jurídica obligatoria ("validez") sólo por referencia a normas o principios (válidos y obligatorios) *exteriores a él*.

319. El Presidente concluyó que el derecho general tenía un doble papel con respecto a cualquier régimen especial. Primero, proporcionaba el marco normativo y suplía los aspectos del funcionamiento del régimen especial que éste no había previsto. Por ejemplo, la determinación de si una entidad era o no un "Estado" o si ejercía soberanía sobre un territorio eran cuestiones que casi siempre habría que tratar en el marco del derecho general. Segundo, las normas de derecho general se aplicaban también si el régimen especial no funcionaba adecuadamente. Por lo tanto, el Presidente indicó que en los trabajos futuros sobre los regímenes especiales las principales cuestiones de interés se referían a: a) las condiciones de la creación de un régimen especial; b) el ámbito de aplicación del régimen con respecto al derecho internacional general en circunstancias normales; c) las condiciones del "retorno" a las normas generales si fracasa el régimen especial.

320. Por lo que respecta a las condiciones de la creación de regímenes especiales, se sugirió que las normas relativas a la derogación aplicables en materia de *lex specialis* también debían aplicarse a los regímenes especiales. De ese modo, no obstante las normas imperativas y ciertos otros casos de inderogabilidad, generalmente era posible apartarse del derecho general.

321. En lo que se refiere a la relación entre el régimen especial y el derecho internacional general en circunstancias normales, generalmente se determinaba mediante la interpretación de

los tratados que constituían el régimen. Basándose en ejemplos tomados de los regímenes de derechos humanos⁶³¹ y del derecho de la OMC⁶³², el Presidente señaló que en ninguno de los regímenes convencionales existentes se excluía la aplicación del derecho internacional general. Por el contrario, los órganos creados en virtud de tratados invocaban constantemente el derecho internacional general. Esto no se debía, insistió el Presidente, a un acto concreto de "incorporación". Tal como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la sociedad *ELSI*⁶³³, era propio de la naturaleza de los principios importantes de la costumbre general el que se aplicaran a falta de cláusulas de derogación expresa. Nada en la práctica inducía a pensar que el derecho internacional general se aplicaría a los regímenes especiales únicamente como resultado de una incorporación. En realidad era difícil imaginar cómo los autores de esos regímenes podían convenir en *no* incorporar (es decir, excluir expresamente) los principios generales del derecho internacional. ¿De dónde emanaría el carácter vinculante de un acuerdo de ese tipo?

322. Por lo que hace al retorno a las normas generales si fracasa el régimen especial, se señaló que distaba mucho de estar claro lo que se entendía por "fracaso". No era posible fijar criterios generales para determinar lo que era un "fracaso del régimen" *in abstracto*. Al menos algunas de las vías abiertas ante los participantes en el régimen especial se definían en la propia Convención

⁶³¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velázquez y Rodríguez*, OC-4/88 (29 de julio de 1988), Serie C, N° 4, párr. 184; *McElhinney v. Ireland* (31253/96), 21 de noviembre de 2001, ECHR Reports 2001-XI (párr. 36); *Al Adsani v. UK* (35763/97), 21 de noviembre de 2001, Reports 2001-XI, (párr. 55). Véase también *Loizidou v. Turkey*, (párr. 43); *Fogarty v. the United Kingdom* (37112/97), 21 de noviembre de 2001, ECHR 2001-XI (párr. 36); *Bankovic v. Belgium and others* (52207/99), 123 *I.L.R.* (2003), pág. 108 (párr. 57). Véase asimismo Lucius Caflisch y Antonio Cançado Trindade, "Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général", 108 *R.G.D.I.P.* (2004), págs. 11 a 22.

⁶³² *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (WT/DS2/AB/R), 29 de abril de 1996; *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública* (WT/DS163/R), 1° de mayo de 2000, párr. 7.96; *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58/AB/R), 12 de octubre de 1998, párrs. 127 a 131.

⁶³³ *Elettronica Sicula (ELSI) (Italy v. United States)*, *I.C.J. Reports* 1989, pág. 42 (párr. 50).

de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y también las normas relativas a la responsabilidad del Estado podían ser pertinentes en tales situaciones.

323. El Presidente afirmó que la conclusión principal de su estudio era que la utilización actual del principio de la *lex specialis* o la aparición de regímenes convencionales especiales no había menoscabado gravemente la seguridad y la previsibilidad jurídicas, ni la igualdad de los sujetos de derecho. Estas técnicas eran expresión de preocupaciones legítimas y hondamente sentidas acerca del desarrollo económico, la protección de los derechos humanos y del medio ambiente y el regionalismo. El sistema no estaba en crisis.

324. También señaló que era forzoso reconocer que no existía ningún sistema homogéneo y jerárquico que permitiera superar los problemas derivados del conflicto de normas o de regímenes jurídicos. La exigencia de coherencia y de un pluralismo razonable seguirían apuntando en direcciones diferentes. Por eso, tal vez convendría prestar creciente atención a la forma en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados podría utilizarse para hacer frente a la colisión de normas y regímenes. También podría ser útil, sugirió, que se aclarara el concepto de "derecho internacional general" y la manera como operaba con respecto a normas y regímenes determinados.

325. En lo que se refiere a los trabajos futuros acerca de este último punto, el Presidente propuso, pues, que se hiciera hincapié en el funcionamiento de los regímenes especiales considerados en cada uno de los tres sentidos que se daban a la expresión. Un estudio futuro sobre esta cuestión podría definir: i) las condiciones de su establecimiento; ii) su modo de funcionamiento autónomo; iii) la función del derecho internacional general en esos regímenes, incluida la solución de los conflictos entre ellos; iv) las condiciones y consecuencias del fracaso de un régimen.

326. En el debate posterior, el Grupo de Estudio tomó nota de la incertidumbre terminológica que había puesto de relieve el Presidente. Hubo acuerdo en que el concepto se utilizaba constantemente tanto en sentido estricto (es decir, para designar ciertas normas secundarias especiales de la responsabilidad del Estado) como en sentido amplio (es decir, para designar ciertas normas primarias y secundarias especiales sobre un problema específico). Los miembros

del Grupo de Estudio observaron que la expresión "régimen especial" era, en su tercera acepción (es decir, en el sentido de campos enteros de especialización funcional), un fenómeno enigmático que era preciso seguir estudiando para comprender plenamente la relación que generaba con el derecho general y con las otras dos formas de régimen especial examinadas en el informe.

327. Hubo acuerdo en que el concepto de "autonomía" designaba nada más la idea de "especialidad" del régimen. El Grupo de Estudio también observó que la distinción entre una "forma fuerte" y una "forma débil" de régimen especial debía abandonarse. Hubo amplio acuerdo en que el derecho general seguía aplicándose de diversas maneras incluso en el marco de los regímenes especiales. Sin embargo, la relación entre el régimen especial y el derecho general no podía ser definida por reglas generales.

328. Algunos miembros del Grupo de Estudio sugirieron que interpretar el asunto de la *ELSI* como la formulación de un principio general que exigía que la derogación del derecho general se efectuara expresamente quizás fuera más ajustado a la realidad que entenderlo como una presunción contra la derogación.

329. El Grupo de Estudio hizo hincapié en que la cuestión de si un régimen había fracasado o no debía determinarse en función de los tratados constitutivos del régimen mismo. Aquí otra vez era imposible enunciar reglas generales. Sin embargo, también podía ser útil estudiar más a fondo las diferentes formas en que podía producirse ese fracaso. Se señaló asimismo que incumbía a las partes en el régimen especial decidir si ese régimen había fracasado y cuáles serían las consecuencias de ese fracaso.

330. El Grupo de Estudio observó que las dificultades que presentaba la relación entre lo general y lo especial eran relativas, y que las diferencias surgían según las circunstancias de cada caso. Se expresó cierto escepticismo acerca de la posibilidad de aclarar el concepto de "derecho internacional general". Se insistió en que cualquier esfuerzo en ese sentido debía girar en torno a la aplicación del derecho general en relación con las normas y regímenes particulares. A este respecto se hizo hincapié en que si bien la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituía un marco general, sus normas tenían carácter supletorio y podían a menudo ser sustituidas mediante acuerdo.

3. Examen del esquema relativo al Estudio de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)

331. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Teodor Melescanu. En el esquema se pasaba revista, entre otras cosas, a los trabajos preparatorios que llevaron a la aprobación del artículo 30 de la Convención de Viena⁶³⁴ y se analizaban las principales disposiciones de este artículo⁶³⁵, incluidos los principios básicos

⁶³⁴ En lo que respecta a la labor de los Relatores Especiales Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock, véase *Yearbook...*, 1953, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 90, especialmente págs. 156 a 159, [la versión en español de este informe se publicó en forma mimeografiada únicamente con la signatura A/CN.4/63, págs. 205 a 215]; *ibíd.* ... 1954, vol. II, doc. A/CN.4/87 y Corr.1; *ibíd.*, ... 1958, vol. II, documento A/CN.4/115 y Corr.1; *ibíd.*, ... 1963, vol. II, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3.

⁶³⁵ El artículo 30 de la Convención de Viena dice:

"Artículo 30

Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
 - a) En las relaciones entre los Estados Partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
 - b) En las relaciones entre un Estado que sea Parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los Estados sean Partes.

relacionados con su aplicación, es decir, el principio de jerarquía del párrafo 1, el principio de la *lex prior* del párrafo 2 y el principio de la *lex posterior* del párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4. La aparición de tratados sucesivos concernientes a la misma materia era una consecuencia de la expansión de la cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades que surgían en un entorno cambiante.

332. En general, el artículo 30 se centra en cuestiones pertinentes y no crea problemas graves de fragmentación. Sólo el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30 (que regula las relaciones entre un Estado que sea Parte en dos o más tratados incompatibles y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos) daba lugar a una situación que merecía ser examinada. Se destacaron tres aspectos. En primer lugar, la mera celebración de un tratado posterior incompatible no daría lugar *per se* a una violación del derecho internacional sino que ésta se produciría únicamente en razón de su *aplicación*. En segundo lugar, el artículo 30 no regulaba expresamente la cuestión de la *validez* de los dos tratados incompatibles, sino sólo la de su *prioridad* relativa.

333. Asimismo, la disposición no versaba sobre las cuestiones concernientes a la suspensión o terminación ni abordaba la consecuencia jurídica de la violación de un tratado por el otro. En tercer lugar, las disposiciones del artículo 30 tenían carácter supletorio y, en ese sentido, no tenían carácter imperativo. Por último, se dejaba a la voluntad de los Estados la determinación de la prioridad entre tratados sucesivos de conformidad con sus intereses. A este respecto, se sugirió que una de las cuestiones en que podía centrarse el Estudio era hasta qué punto la voluntad de los Estados podía ser limitada, en especial la voluntad del Estado que fuera Parte en dos tratados incompatibles de escoger cuál de ellos iba a cumplir y cuál incumplir, con la consecuencia de incurrir en responsabilidad por la violación de sus obligaciones. La profundización del estudio de esta cuestión debía basarse en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, en particular en el examen de principios como el principio *pacta*

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado."

tertiis nec nocent nec prosunt (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento; artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y el principio *prior tempore, potior jure* (quien es primero en el tiempo es mejor en el derecho).

334. En sus deliberaciones, el Grupo de Estudio centró su atención en la orientación futura del Estudio. Se reconoció que, en su mayor parte, el artículo 30 no planteaba serios problemas de fragmentación. La única situación que daría pie a un conflicto de normas no resuelto era la regulada en el apartado b) del párrafo 4.

335. Con respecto al apartado b) del párrafo, 4 el Grupo de Estudio sugirió que quizás fuera útil estudiar el tratamiento de la cuestión y las decisiones adoptadas por los sucesivos relatores especiales del derecho de los tratados. El Grupo de Estudio aprobó la idea de hacer hincapié en si se podían imponer límites a la voluntad del Estado de escoger, entre los tratados incompatibles en que fuera Parte, cuál de ellos iba a cumplir y cuál tendría que violar. Se planteó si unos criterios basados en la distinción entre el carácter recíproco, interdependiente o absoluto de las obligaciones, como la examinada en relación con la modificación de tratados *inter se* a tenor del artículo 41, podía aportar también una orientación para la aplicación del artículo 30.

336. Además del apartado b) del párrafo 4, se determinaron otras dos cuestiones de posible interés: a) el caso de tratados bilaterales sucesivos concernientes a la misma materia y b) el caso de un tratado, multilateral o bilateral, que se aparta del derecho internacional consuetudinario. En lo que se refiere a la fragmentación, la opinión del Grupo de Estudio fue que el primer supuesto no era nada problemático. Con respecto al segundo, se sugirió que, aunque esta situación podía crear problemas, éstos eran de carácter general y no era necesario abordarlos en este contexto.

337. El Grupo de Estudio convino en que las disposiciones del artículo 30 tenían carácter supletorio. No obstante, algunos miembros se preguntaron si era correcto afirmar que no tenían fuerza imperativa. Las disposiciones recogían ideas razonables y ampliamente aceptadas. El Grupo también convino en que los conflictos generalmente sólo surgirían en el momento de la aplicación del tratado posterior, aunque se señaló también que, por lo menos en algunos casos, también podía surgir un conflicto en el momento mismo de la celebración del tratado posterior.

4. Examen del esquema relativo al Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)

338. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Riad Daoudi. En el esquema se estudiaba, entre otras cosas, el contexto en que se aplicaba un acuerdo *inter se* a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención de Viena⁶³⁶, lo que daba lugar a dos tipos de relaciones jurídicas: unas relaciones "generales" aplicables a todas las partes en el tratado multilateral y unas relaciones "especiales" aplicables a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. El acuerdo *inter se*, pues, *modifica* la aplicación del tratado original sin *enmendarlo*. La relación entre el acuerdo general y el particular es análoga a la que existe entre la *lex generalis* y la *lex specialis*.

339. La idea principal del artículo 41 era permitir los acuerdos *inter se* pero asegurándose de que se preservaba la coherencia del tratado original. Las condiciones para celebrar un acuerdo *inter se* eran, en particular: a) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el

⁶³⁶ El artículo 41 de la Convención de Viena dice:

"Artículo 41

Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:
 - a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
 - b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
 - i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.
2. Salvo que en caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga."

tratado multilateral original⁶³⁷; b) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral; y c) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral. Había, además, condiciones relativas a la notificación del acuerdo *inter se* a las demás partes y a su reacción al acuerdo.

340. En lo que se refiere a la incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado (art. 41, párr. 1 b) ii)), la situación con respecto a un acuerdo *inter se* no parecía ser diferente de las normas aplicables en materia de reservas. Se sugirió que sería útil un criterio objetivo para determinar la admisibilidad de un acuerdo *inter se*. La modificación no era problemática en el caso de los tratados que establecían obligaciones recíprocas, es decir, cuando el tratado consistía fundamentalmente en una red de relaciones bilaterales⁶³⁸. La potestad de modificación era limitada con respecto a los tratados que enunciaban obligaciones interdependientes⁶³⁹ y absolutas⁶⁴⁰.

341. En el esquema se examinaba también la cuestión de las sanciones que entrañaba la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo *inter se*. El texto del artículo 41 dejaba abiertas dos cuestiones: el efecto jurídico de una infracción del párrafo 1 que constituyese una violación grave, y el efecto jurídico de una objeción formulada después de que se hubiera hecho la notificación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 41. El artículo 60 de la Convención de Viena establece las condiciones de la reacción a una violación grave por las

⁶³⁷ Véase, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁶³⁸ Por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 1963.

⁶³⁹ Un tratado de desarme es un tratado interdependiente en la medida en que el cumplimiento por una parte de las obligaciones que le incumben es un requisito previo del cumplimiento por las otras partes de las que incumben a ellas. La violación por una parte es, en realidad, una violación respecto de todas las demás partes.

⁶⁴⁰ Un tratado de derechos humanos da lugar a obligaciones absolutas. Las obligaciones que impone son independientes y absolutas y su cumplimiento no depende del cumplimiento por las otras partes de las obligaciones que les incumben.

partes sin definir lo que constituye "violación grave". Las normas sobre la responsabilidad del Estado se aplicarían al supuesto de la violación del tratado original por el acuerdo *inter se*.

342. El Grupo de Estudio señaló que el artículo 41 reflejaba la comprensible necesidad de que las partes permitiesen el desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo *inter se*. La relación entre el tratado original y el acuerdo *inter se* podía concebirse a veces como la existente entre un estándar mínimo y el ulterior desarrollo de éste. Por consiguiente, no planteaba normalmente dificultades atribuibles a la fragmentación. Las condiciones de admisibilidad de los acuerdos *inter se* tenían en cuenta los principios generales del derecho de los tratados tendentes a salvaguardar la integridad del tratado. Sin embargo, se señaló también que las condiciones de los acuerdos *inter se* no siempre guardaban relación con la naturaleza del acuerdo original sino también con la naturaleza de una *disposición* del mismo (art. 41, párr. 1 b) ii)). Las consecuencias de los acuerdos *inter se* inadmisibles no estaban reguladas expresamente en el artículo 41 y debían ser analizadas más a fondo.

343. Se pusieron de relieve las diferencias semánticas entre *modificación*, *enmienda* y *revisión* en la aplicación del artículo 41. Aunque eran expresiones técnicamente diferentes, esas diferencias no siempre estaban claramente definidas. Una modificación, por ejemplo, a veces podía interpretarse como una propuesta de enmienda. Se sugirió que se prestara alguna atención a ello en la continuación del estudio. Se indicó asimismo que quizá fuera útil examinar la relación entre los diferentes principios de coherencia, en particular las relaciones entre el artículo 30 (acuerdos sucesivos), el artículo 41 (modificación *inter se*) y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (primacía de las obligaciones de la Carta).

344. También se consideró útil estudiar más detenidamente el papel que la "notificación" de los acuerdos *inter se* podía desempeñar en la práctica para reducir los casos de fragmentación. De ser posible, habría que examinar la práctica de la notificación a otros Estados y de la reacción de los otros Estados a esas notificaciones.

5. Examen del esquema relativo 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

345. El Grupo de Estudio basó su labor en un esquema y una exposición verbal del Sr. William Mansfield. En el esquema se abordaba, entre otras cosas, la función del apartado c) del párrafo 3 del artículo 31⁶⁴¹, en particular su interpretación textual, señalando que remitía a las *normas* de derecho internacional, que no se circunscribía al derecho internacional consuetudinario, que se refería a las normas tanto *pertinentes* como *aplicables*, y que no estaba limitado en lo temporal. El Grupo de Estudio analizó también el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 a la luz de un documento de antecedentes utilizado por la Comisión para examinarlo⁶⁴² y en la medida en que había sido invocado en varios asuntos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶⁴³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴⁴ y la Corte

⁶⁴¹ El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena dice así:

"Artículo 31

Regla general de interpretación

...

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

...

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

..."

⁶⁴² *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 3 especialmente págs. 51 a 63, doc. A/CN.4/167 y Add.1 a 3. Véase también el documento A/5809.

⁶⁴³ *Esphahanian v. Bank Tejarat*, 2 Irán-USCTR (1983) 157. Véase asimismo *Case N° A/18* (1984) 5 Irán-USCTR 251, 260. También se invocó la disposición en un voto particular discrepante en *Grimm v. Iran* 2 Irán-USCTR 78, 82 sobre la cuestión de determinar si el hecho de que el Irán no hubiera protegido a un individuo podía constituir una medida que "afectase a los derechos patrimoniales" de su esposa.

Internacional de Justicia⁶⁴⁵. Examinó además tres ejemplos concretos de su aplicación: el Asunto relativo a la fábrica Mox ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal de Arbitraje del Convenio OSPAR y el Tribunal de Arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁶⁴⁶; el asunto *Pope y Talbot Inc. c. el Canadá* ante el Tribunal del TLC⁶⁴⁷; y los asuntos del *camarón y la tortuga*⁶⁴⁸ y de las *hormonas de la carne bovina*⁶⁴⁹ en el contexto de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

346. En el esquema se llegaba a algunas conclusiones preliminares sobre cuestiones que no estaban resueltas en el texto del apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 y se ofrecían algunas sugerencias para la labor futura. Se señalaban las limitaciones inherentes a la técnica de

⁶⁴⁴ *Golder c. el Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, ECHR Ser. A [1995] N° 18. Véase también *Forgarty c. el Reino Unido*, demanda N° 37112/97, 123 *I.L.R.* (2001) 54; *McElhinney c. Irlanda*, demanda N° 31253/96, 123 *I.L.R.* (2001) 73; *Al-Adsani c. el Reino Unido*, demanda N° 35763/97, 123 *I.L.R.* (2001) 24.

⁶⁴⁵ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States)*, véase www.icj-cij.org. Véase también 42 *I.L.M.* (2003) 1334. Véase también el voto particular concurrente del magistrado Weeramentry en *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7 especialmente pág. 114.

⁶⁴⁶ International Tribunal for the Law of the Sea: the *Mox Plant case (Ireland v. United Kingdom) -Request for Provisional Measures Order* (3 December 2001) www.itlos.org; Permanent Court of Arbitration: *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention: Ireland v. United Kingdom - Final Award* (2 July 2003) 42 *I.L.M.* (2003) 1118; Permanent Court of Arbitration: the *Mox Plant case: (Ireland v. United Kingdom) -Order N° 3* (24 June 2003) 42 *I.L.M.* (2003) 1187.

⁶⁴⁷ Sentencia sobre el fondo, de 10 de abril de 2001; sentencia relativa a la indemnización de daños y perjuicios, de 31 de mayo de 2002, 41 *I.L.M.* (2002) 1347.

⁶⁴⁸ OMC, *Estados Unidos: Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Informe del Órgano de Apelación* (12 de octubre de 1998) WT/DS58/AB/R. Véase también 38 *I.L.M.* (1999), 118.

⁶⁴⁹ OMC, *Medidas de las Comunidades Europeas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Informe del Órgano de Apelación* (16 de enero de 1998), WT/DS-26/AB/R.

interpretación de tratados como medio para evitar la fragmentación en relación con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31. Se observaba que dichas limitaciones tenían su origen en:

a) el contexto diferente en que podían haberse elaborado y aplicado otras normas de derecho internacional; y b) el propósito de desarrollo progresivo del derecho internacional de muchos tratados.

347. Por regla general, no debía ser necesario remitirse a otras normas de derecho internacional a menos que el propio tratado suscitase un problema de interpretación. Normalmente se plantearía la necesidad de aplicar el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 en concreto si:

a) la norma del tratado era poco clara y la ambigüedad pareciera resolverse mediante la remisión a un conjunto desarrollado de normas de derecho internacional; b) el sentido de los términos utilizados en el tratado estaba bien reconocido en el derecho internacional consuetudinario y por tanto se podía considerar que era ese el sentido que las partes habían tenido la intención de atribuirles; o c) los términos del tratado eran por naturaleza polisémicos y la remisión a otras fuentes del derecho internacional ayudaría a precisar el contenido de la norma⁶⁵⁰.

348. En segundo lugar, se examinaba la intertemporalidad en su relación con la determinación del momento en que procedía aplicar otras normas de derecho internacional y la pertinencia de las normas en gestación. En tercer lugar, en el esquema se señalaban algunos problemas de la aplicación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 que no habían quedado resueltos en el texto mediante la remisión a otros tratados aplicables en las relaciones entre las partes.

En particular se planteaba la cuestión de determinar si era necesario que todas las partes en el tratado objeto de interpretación fuesen partes en el otro tratado al que se remitían o si bastaba que tan sólo algunas lo fueran.

349. El Grupo de Estudio subrayó que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 era aplicable únicamente cuando había un problema de interpretación. En tal caso, la disposición se refería a ciertas normas que habían de "tenerse en cuenta" al proceder a la interpretación. Sin embargo, no indicaba ningún modo específico de hacerlo. En particular, no quedaba implícito que esas

⁶⁵⁰ Esta era la posición que se adoptó para interpretar el artículo XX del GATT, en los litigios relativos al *camarón y la tortuga* y a las *hormonas de la carne bovina*.

otras normas debieran determinar la interpretación. Las diversas normas tendrían que ponderarse unas con otras debidamente conforme a las circunstancias. Se observó que el hecho de que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 rara vez se invocara expresamente no debía velar su importancia como regla de interpretación de los tratados. Era sin duda esencial para promover la armonización y garantizar la unidad del orden jurídico internacional. Por lo tanto, merecía un estudio esmerado.

350. El Grupo de Estudio examinó largamente la cuestión de las normas a que hacía remisión el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31. Aunque era indudable que la disposición se refería a otras normas *convencionales* pertinentes y aplicables, no descartaba la aplicación de otras fuentes de derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. En el futuro estudio quizás debía prestarse atención al modo en que habían de aplicarse el derecho consuetudinario y otras normas pertinentes. Una vez más, aunque se entendía que la referencia era amplia, era útil tener presente que la interpretación debía basarse en la ponderación de todas las normas pertinentes.

351. El Grupo de Estudio también examinó la relación existente entre el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 y otras reglas de interpretación de tratados -por ejemplo, las relativas a la buena fe y al objeto y el fin del tratado- y sugirió que se prestase atención a su relación en general con el artículo 32. Se subrayó asimismo que había que tener en cuenta la existencia de conceptos "móviles" y el surgimiento de normas generalmente aceptadas por la comunidad internacional. Hubo quienes se preguntaron si seguía siendo válida la visión que se tenía del derecho intertemporal cuando se aprobó la Convención de Viena en 1969, habida cuenta de las numerosas transformaciones ocurridas desde entonces en el sistema internacional.

6. La jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto

352. Para el examen de este tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Zdzislaw Galicki. En el esquema se examinaba la naturaleza del tema en relación con la fragmentación del derecho internacional, comenzando por una breve

descripción del *jus cogens*⁶⁵¹, las obligaciones *erga omnes*⁶⁵² y la naturaleza de las obligaciones relativas al Artículo 103 de la Carta así como su aceptación y fundamento, y se observaba que el derecho internacional contemporáneo otorgaba a dichas normas y obligaciones primacía sobre otras normas. Se sugería que en la futura labor se analizaran esas categorías de normas y obligaciones. No se pretendía, pues, establecer ninguna jerarquía de fuentes de derecho.

353. En segundo lugar, en el esquema se trazaba una breve perspectiva del concepto de jerarquía normativa en derecho internacional. Se recordaba que el Grupo de Estudio había convenido en que, en esta materia, no siempre resultaba apropiado establecer analogías con los ordenamientos jurídicos internos. No había ninguna jerarquía de valores bien desarrollada y con autoridad en el derecho internacional y por tanto tampoco había ninguna jerarquía estable de técnicas para resolver los conflictos de normas⁶⁵³. En consecuencia, la jerarquía era reflejo de un proceso de desarrollo del derecho. Dichas jerarquías a veces contribuían a la fragmentación del derecho y a veces a su unificación. Se sugería que en la futura labor se describieran los aspectos de esa evolución prestando especial atención a la aparición de jerarquías normativas.

354. En tercer lugar, el esquema aludía a la necesidad de abordar el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta *como normas de conflicto*. Ello supondría examinar específicamente: a) su primacía respecto de las demás normas de derecho internacional en

⁶⁵¹ Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. Véase también los artículos 41 y 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁶⁵² Véase *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Second phase) I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, especialmente pág. 32. Véase también *Advisory opinion concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide I.C.J. Reports 1951*, pág. 15, especialmente pág. 23; *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 90, especialmente pág. 102; *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996*, pág. 595, especialmente pág. 616.

⁶⁵³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párr. 506.

general; b) la relación jerárquica entre ellas; y c) las relaciones jerárquicas dentro de cada categoría (por ejemplo, normas de *jus cogens* en conflicto).

355. El Grupo de Estudio concentró su atención en la futura orientación del estudio. Se recalcó que el estudio debía ser de utilidad práctica y abstenerse de determinar jerarquías generales o absolutas. La jerarquía debía tratarse como un aspecto del razonamiento jurídico, en el que era corriente utilizar dichas técnicas para dejar de lado normas secundarias por remisión a las más importantes. Esto era lo que significaba abordar esas técnicas como *normas de conflicto*. Convenía no extender demasiado el debate sobre la jerarquía sino limitarlo a su función en la solución de los conflictos de normas. Por otra parte, podía ser útil ilustrar de qué manera se manifestaba en la práctica la naturaleza evolutiva de estos conceptos jerárquicos.

356. El Grupo de Estudio observó que un debate demasiado teórico sobre este tema suscitaría cuestiones complejas y polémicas. Había que concentrarse en dar ejemplos de la utilización de las relaciones jerárquicas en la práctica y en la doctrina para resolver los conflictos de normas. Se podría quizás entonces definir los tipos de situaciones en que se han establecido relaciones jerárquicas.

357. También se consideró útil analizar las diferencias entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Algunos miembros se preguntaron si las obligaciones *erga omnes* entrañaban relaciones jerárquicas del mismo modo que el *jus cogens*. Se consideró igualmente que había que prestar atención a las consecuencias del uso de una relación jerárquica: ¿qué sucedería con la norma inferior desplazada por la superior? ¿Podría ello incidir en la responsabilidad del Estado?

358. Aunque la jerarquía podía a veces ser causa de fragmentación, el Grupo de Estudio subrayó que en la mayoría de los casos servía para salvaguardar la unidad del orden jurídico internacional. El Grupo apoyó la sugerencia de centrar el estudio en los posibles conflictos entre las tres técnicas jerárquicas, así como en los eventuales conflictos dentro de cada categoría. También se expresó apoyo a la idea de examinar la relación entre el presente estudio y las técnicas de interpretación analizadas en los demás estudios.

CAPÍTULO XI

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentación de la Comisión

359. En su 2818ª sesión, celebrada el 16 de julio de 2004, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el actual período de sesiones.

360. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. Tuvo ante sí la sección H del Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo octavo período de sesiones, titulada "Otras decisiones y conclusiones de la Comisión", y la resolución 58/77 de la Asamblea General relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones.

361. En su 2823ª sesión, el 27 de julio de 2004, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

362. El Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo se reconstituyó con el Sr. Pellet como Presidente. El Grupo de Trabajo celebró cinco sesiones y su Presidente presentó un informe oral al Grupo de Planificación el 20 de julio de 2004. El Grupo de Trabajo se propone presentar un informe más completo, en el que figurarán los temas que propone que se incluyan en el programa de trabajo a largo plazo al final del quinquenio. Sin embargo, el Grupo de Trabajo recomendó que el tema "Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)" se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión. Estimó que el tema satisfacía los criterios pertinentes mencionados en el informe de la Comisión correspondiente al año 2000, es decir, que se trate de un tema concreto, que presenta un interés teórico y práctico en lo que se refiere a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

363. Por recomendación del Grupo de Planificación, la Comisión acordó incluir este tema en el programa de trabajo a largo plazo. Las observaciones preliminares de presentación del tema

figuran en el anexo al presente informe. La Comisión prevé incluir este tema en su presente programa de trabajo en el próximo período de sesiones.

2. Inclusión de nuevos temas en el actual programa de trabajo de la Comisión

364. La Comisión debatió la elección de nuevos temas para su inclusión en el actual programa de trabajo de la Comisión y decidió incluir dos temas nuevos: "La expulsión de los extranjeros" y "Efectos de los conflictos armados en los tratados". A este respecto, la Comisión decidió nombrar Relator Especial del tema "La expulsión de los extranjeros" al Sr. Maurice Kamto y Relator Especial del tema "Efectos de los conflictos armados en los tratados" al Sr. Ian Brownlie.

3. Marco estratégico

365. La Comisión, habiendo examinado parte del marco estratégico (2006-2007) para el programa 6: subprograma 3 (Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional), elaborado de acuerdo con lo indicado en la resolución 58/269 de la Asamblea General, toma nota con aprobación de esta parte del marco estratégico.

4. Documentación de la Comisión

366. La Comisión observó con satisfacción que la Asamblea General, en el párrafo 16 de su resolución 58/77, aprobó las conclusiones a que había llegado la Comisión respecto a su documentación.

367. En lo que concierne al párrafo 9 de la sección II.B, de la resolución 58/250 de la Asamblea General, titulada "Plan de conferencias", relativo a los órganos que tienen derecho a actas resumidas, la Comisión, después de haber examinado varias posibilidades propuestas por la Secretaría, llegó a la conclusión de que ninguna de ellas satisfacía sus necesidades. La Comisión recordó que en varias ocasiones había estimado que las actas resumidas eran un elemento imprescindible de sus procedimientos y métodos de trabajo. Constituyen el equivalente a los trabajos preparatorios y representan un aspecto indispensable del proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Son decisivas para la labor de la Comisión. Además, la Comisión hizo hincapié en la importancia de las actas resumidas como parte esencial del Anuario de la Comisión.

368. La Comisión tomó nota con reconocimiento del Estudio actualizado de los regímenes de responsabilidad, preparado por la División de la Codificación, y de los comentarios y observaciones presentados por los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre el tema de la Responsabilidad de las organizaciones internacionales, y recomienda que se publiquen como documentos oficiales de la Comisión.

5. Honorarios

369. La Comisión reiteró una vez más 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) y en el párrafo 447 de su informe sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones (A/58/10). La Comisión insiste en que la resolución 56/272 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2002, relativa a la cuestión de los honorarios, afecta especialmente a los Relatores Especiales, en particular los de países en desarrollo, ya que compromete el apoyo a su necesaria labor de investigación.

B. Fecha y lugar del 57º período de sesiones de la Comisión

370. 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 2 de mayo al 3 de junio y del 4 de julio al 5 de agosto de 2005.

C. Cooperación con otros organismos

371. En la 2813ª sesión, celebrada el 7 de julio de 2004, 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.

372. 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 2799ª sesión, el 14 de mayo de 2004⁶⁵⁴. Hubo luego un intercambio de opiniones.

373. 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 2816ª sesión, el 13 de julio de 2004⁶⁵⁵. Hubo después un intercambio de opiniones.

374. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Felipe Paolillo. El Sr. Paolillo hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2819ª sesión, el 20 de julio de 2004⁶⁵⁶. Hubo después un intercambio de opiniones.

375. 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 de los Derechos del Niño el 19 de mayo de 2004 y con miembros del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial el 4 de agosto de 2004. Por invitación de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, varios miembros de la Comisión asistieron a una sesión de la Subcomisión, el 5 de agosto de 2004, en la que se debatió la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos, celebrándose después un intercambio de opiniones.

376. El 1º de junio 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 28 de julio de 2004 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, especialmente los programas de trabajo, la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los recursos hídricos.

⁶⁵⁴ Su declaración consta en el acta resumida de esa sesión.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*

⁶⁵⁶ *Ibíd.*

D. Representación en el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General

377. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Teodor Viorel Melescanu, la representaría en el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General.

378. Además, en su 2830ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2004, la Comisión pidió al Sr. C. J. R. Dugard, Relator Especial del tema "Protección diplomática" y al Sr. P. S. Rao, Relator Especial del 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)", que asistieran al quincuagésimo noveno 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

379. De conformidad con la resolución 58/77 de la Asamblea General, el 40º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 5 al 23 de julio de 2004, 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.

380. Pudieron asistir al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades, en su mayoría de países en desarrollo⁶⁵⁷. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones

⁶⁵⁷ Participaron en el 40º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional: Sr. Ghulam Shabbir Akbar (Pakistán); Sr. Abdul Rahman Al Baloushi (Emiratos Árabes Unidos); Sr. Steven James Barela (Estados Unidos de América); Sr. Martin Bartoň (Eslovaquia); Sr. Philip Bittner (Austria); Sr. Srinivas Burra (India); Sr. Jean d'Aspremont Lynden (Bélgica); Sra. Sandra Deheza Rodríguez (Bolivia); Sra. Rosa Delia Gómez-Durán (Argentina); Sra. Mateja Grašek (Eslovenia); Sra. Hisaan Hussain (Maldivas); Sr. Mbelwa Kairuki (Tanzanía); Sr. Sifana Ibsén Kone (Burkina Faso); Sra. Annemarieke Künzli (Países Bajos); Sra. Eneida Lima (Cabo Verde); Sr. Maxim Musikhin (Rusia); Sra. Jeannette Mwangi (Kenya); Sra. Katya Pineda (El Salvador); Sr. Resfel Pino Alavarez (Cuba); Sr. Pablo Sandonato de León (Uruguay); Sr. Abdoulaye Tounkara (Mali); Sr. Ian Wadley (Australia); Sr. Yehenew Walilegne (Etiopía); Sr. Chen Wang (China). Un comité de selección, bajo la Presidencia del

plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

381. El Presidente de la Comisión, Sr. Teodor Melescanu, 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.

382. Los siguientes miembros de la Comisión dictaron las conferencias que se indican:

Sr. Joao Clemente Baena Soares: "La labor de la Comisión de alto nivel sobre la reforma de las Naciones Unidas"; Sr. John Dugard: "La protección diplomática"; Sr. Matti Koskenniemi: "La fragmentación del derecho internacional"; Sr. Giorgio Gaja: "La responsabilidad de las organizaciones internacionales"; Sr. Chusei Yamada: "Los recursos naturales compartidos"; Sres. Michael Matheson y Djamchid Momtaz: "La decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *Plataformas petroleras* (6 de noviembre de 2003)"; Sr. P. S. Rao: "La responsabilidad internacional por actividades de riesgo (*International Liability*)".

383. También dictaron conferencias el Sr. Ralph Zackin, Subsecretario General, Asesor Jurídico interino: "Tribunales internacionales establecidos por las Naciones Unidas: las enseñanzas"; Sra. María Isabel Torres Cazorla, Profesora de la Universidad de Málaga: "Actos unilaterales"; Sra. Pereyra-Frederichsen, Oficial de Asuntos Jurídicos de la OMC: "El sistema de solución de controversias de la OMC"; Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja: "Retos a los que actualmente debe hacer frente el derecho internacional humanitario"; Sr. George Korontzis, Oficial Jurídico Superior, Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas: "Historia de la Comisión de Derecho Internacional: métodos de trabajo, programa de trabajo"; Sr. Markus Schmidt, Oficial Jurídico Superior del ACNUDH: "El Comité de Derechos Humanos y los procedimientos de reclamaciones individuales".

384. Los participantes en el Seminario fueron distribuidos en dos grupos de trabajo, uno sobre "Actos unilaterales" y otro sobre "Acuíferos". Los Relatores Especiales de la Comisión de

Sr. Jean-Marie Dufour (Presidente de la Red Universitaria Internacional de Ginebra) se reunió el 21 de abril de 2004 y seleccionó a 24 candidatos de entre las 77 solicitudes presentadas para participar en el Seminario.

Derecho Internacional encargados de esos temas, el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño y el Sr. Chusei Yamada ("Recursos naturales compartidos"), ayudaron con sus consejos 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.

385. Los participantes también tuvieron la oportunidad de utilizar las instalaciones de la Biblioteca de las Naciones Unidas, que prolongó durante el Seminario su horario de atención.

386. 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.

387. El Sr. Teodor Melescanu, 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 el Sr. Srinivas Burra, 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 40º período de sesiones del Seminario.

388. La Comisión tomó nota con especial agradecimiento de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Finlandia, Irlanda, Noruega y Suecia 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 17 candidatos y becas parciales (sólo dietas o sólo viajes) a 2 candidatos.

389. De los 903 participantes, en representación de 156 nacionalidades, que han concurrido al Seminario desde 1965, año de su creación, 541 han recibido becas.

390. 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 2005 con una participación lo más amplia posible.

391. La Comisión observó con satisfacción que en 2004 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.

Anexo

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR ("*AUT DEDERE AUT JUDICARE*") EN DERECHO INTERNACIONAL

Observaciones preliminares

por Zdzislaw Galicki

I. Introducción general al tema

1. La fórmula "extraditar o juzgar" (en latín "*aut dedere aut judicare*") se utiliza comúnmente para designar la obligación alternativa concerniente al presunto autor de una infracción, "... que figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos"¹.
2. Como subraya la doctrina, "la expresión "*aut dedere aut judicare*" es una adaptación moderna de una frase utilizada por Grocio: "*aut dedere aut punire*" (extraditar o castigar)"². Parece sin embargo que, para su aplicación actual, resulta apropiada una fórmula más permisiva de la obligación alternativa de la extradición ("juzgar"/*judicare*/en lugar de "castigar"/*punire*), teniendo en cuenta que Grocio sostenía que había una obligación general de extraditar o castigar con respecto a todas las infracciones por las que otro Estado resulta lesionado.
3. El enfoque moderno no parece ir tan lejos, teniendo en cuenta también que el presunto autor de una infracción puede ser declarado inocente. Además, no prejuzga la cuestión de si la obligación debatida se deriva exclusivamente de los tratados pertinentes o si constituye también una obligación general de derecho internacional consuetudinario, al menos en lo que se refiere a determinadas infracciones internacionales.

¹ M. Cherif Bassiouni y E. M. Wise: *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*; M. Nijhoff Pub., Dordrecht/Boston/Londres 1995, pág. 3.

² *Ibíd.*, pág. 4. Véase también: Hugo Grocio, *De Iure Belli ac Pacis*, libro II, cap. XXI, párrs. III y IV; traducción inglesa: *The Law of War and Peace* (Classics of International Law, traducción de F. W. Kelsey) 1995, págs. 526 a 529.

4. La doctrina ha subrayado que, para determinar la eficacia del sistema basado en la obligación de extraditar o juzgar, había que ocuparse de tres problemas: "en primer lugar, la naturaleza y el ámbito de aplicación de ese principio en derecho internacional; en segundo lugar, la jerarquía entre las dos opciones previstas por esa norma, siempre que el Estado requerido pueda elegir; y por último, las dificultades prácticas para ejercer el *judicare*"³. Parece también necesario determinar si hay una jerarquía entre las obligaciones particulares que pueden derivarse de la obligación de extraditar o juzgar (en adelante "la obligación") o si es una cuestión que queda a la discreción de los Estados interesados.

5. Una tarea preliminar de la futura labor de codificación sobre el tema sería preparar una lista comparativa de los tratados pertinentes y las fórmulas utilizadas en ellos para recoger esa obligación. La doctrina ha hecho ya algunos intentos, elaborando una larga lista de tratados y convenciones de esa índole⁴. Hay en ella tratados sustantivos, que definen determinadas infracciones y exigen su tipificación penal y el enjuiciamiento o la extradición de sus autores, y convenciones de procedimiento, que versan sobre la extradición y otras cuestiones de cooperación jurisdiccional entre los Estados.

6. En particular, la obligación de extraditar o juzgar se ha incluido en los últimos decenios en todas las convenciones contra el terrorismo llamadas sectoriales, a partir del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970⁵, que en su artículo 7 dispone:

"El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a

³ M. Plachta: "Aut Dedere Aut Judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches"; en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, N° 4, pág. 332.

⁴ M. Cherif Bassiouni y E. M. Wise, *op. cit.*, págs. 75 a 302; véase también: *Oppenheim's International Law* (9ª ed., R. Y. Jennings & A. Watts eds. 1992), vol. I, págs. 953 y 954.

⁵ UN *Treaty Series*, vol. 860, N° 12325.

efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio."

7. Como señaló la doctrina, hay dos variantes de la fórmula del Convenio de La Haya:
 - "a) La obligación alternativa de ejercitar la acción penal está sujeta, en el caso de un extranjero, a la decisión del Estado interesado de autorizar o no el ejercicio de una competencia extraterritorial;
 - b) La obligación de ejercitar la acción penal sólo nace cuando se ha denegado una solicitud de extradición."⁶
8. A título de ejemplo se pueden mencionar las siguientes convenciones:
 - i) Con respecto a la variante a): la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988 (art. 6, párr. 9);
 - ii) Con respecto a la variante b): el Convenio europeo para la represión del terrorismo, de 1977 (art. 7).
9. Mediante esa fórmula, que figura en el Convenio de La Haya de 1970, *la obligación se ve muy reforzada al combinarla con el principio de la universalidad de la represión de los actos terroristas pertinentes. Sin embargo, el principio de la universalidad de la represión no debería identificarse con el principio de la universalidad de la jurisdicción o de la universalidad de la competencia de órganos judiciales. Universalidad de la represión significa en este contexto que, como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado un "refugio seguro".*
10. En cambio, el concepto del principio de la jurisdicción y la competencia universales, especialmente en los últimos años, se relaciona a menudo con el establecimiento de tribunales penales internacionales y con sus actividades. Sin embargo, en la práctica la extensión de esa

⁶ M. Plachta, *op. cit.*, pág. 360.

"jurisdicción y competencia universales" depende del número de Estados que aceptan la creación de esos tribunales y no guarda relación directa con la obligación de extraditar o juzgar.

11. Parece inevitable, al analizar diversos aspectos de la aplicabilidad de la obligación, seguir la evolución del principio de universalidad, desde su forma inicial, en el mencionado artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970, hasta las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

12. En el ámbito de la codificación ya realizada, la obligación figura enunciada en el artículo 9, titulado "Obligación de conceder la extradición o de juzgar", del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que la Comisión de Derecho Internacional aprobó en su 48º período de sesiones, en 1996⁷. Ese artículo dice así:

"Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17, 18, 19 ó 20⁸ concederá la extradición de esa persona o la juzgará."

13. Aunque la Comisión de Derecho Internacional, en la disposición citada, ha reconocido la existencia de la obligación, lo ha hecho sólo, sin embargo, en relación con un número estrictamente limitado y definido de infracciones, calificadas en general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (con exclusión del "crimen de agresión"). En cualquier caso, ese reconocimiento puede considerarse como un punto de partida para examinar la medida en que esa obligación puede hacerse extensiva a otros tipos de infracciones. Además, vale la pena señalar que la Comisión ha introducido un tercer elemento en la alternativa, al prever la posibilidad de una competencia jurisdiccional paralela que sería ejercida, no sólo por los Estados interesados, sino también por los tribunales penales internacionales.

⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*.

⁸ "Crimen de genocidio", "Crímenes contra la humanidad", "Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado" y "Crímenes de guerra".

14. Uno de los primeros ejemplos de esa "tercera opción" puede encontrarse en la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, abierta a la firma en Ginebra el 16 de noviembre de 1937. La citada Corte debía haberse establecido para juzgar a las personas acusadas de alguna infracción tipificada en la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, de la misma fecha⁹. De conformidad con las disposiciones del artículo 2 de la primera de esas Convenciones, el acusado podía ser juzgado por los órganos jurisdiccionales de un Estado, ser extraditado al Estado con derecho a solicitar la extradición o ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Desgraciadamente, la mencionada Convención nunca entró en vigor ni se creó esa Corte.

15. La competencia supletoria de la Corte Penal Internacional, establecida con arreglo al Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, es generalmente conocida. El Estatuto da a elegir al Estado entre ejercer su jurisdicción sobre el autor de la infracción o entregarlo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

16. Al parecer, la práctica en materia de tratados, que se ha enriquecido considerablemente en los últimos decenios, especialmente con la adopción de diversas convenciones contra el terrorismo y otros crímenes que amenazan a la comunidad internacional, ofrece ya una base suficiente para examinar la medida en que la obligación de extraditar o juzgar, tan importante como cuestión de política penal internacional, se ha convertido en una verdadera obligación jurídica.

17. Además, existe ya una práctica judicial que ha venido ocupándose de la mencionada obligación y ha confirmado su existencia en el derecho internacional contemporáneo. El asunto *Lockerbie*, sometido a la Corte Internacional de Justicia, ha aportado muchos materiales interesantes en esa esfera, especialmente en los votos particulares de los cinco magistrados disconformes con la decisión adoptada por la Corte, el 14 de abril de 1992 de "no ejercer su

⁹ Véanse los textos de ambas Convenciones en *International Legislation. A collection of the texts of multiple international instruments of general interest* (ed. por M. O. Hudson), vol. VIII, 1935-1937, Nos. 402 a 505, Washington 1941, págs. 862 a 893.

facultad de indicar medidas provisionales", como había solicitado Libia¹⁰. Aunque la propia Corte guardó más bien silencio con respecto al principio de que se trata, los magistrados que emitieron votos particulares disconformes confirmaron en ellos la existencia del "principio de derecho internacional consuetudinario *aut dedere aut judicare*"¹¹ y de "un derecho reconocido en derecho internacional y considerado incluso por algunos juristas como *jus cogens*"¹². Esas opiniones, aunque no confirmadas por la Corte, deberían tenerse en cuenta al considerar las tendencias del desarrollo contemporáneo de la mencionada obligación.

18. Parece evidente que la corriente principal de las consideraciones sobre la obligación de extraditar o juzgar se encuentra en las normas y la práctica del derecho internacional. No obstante, no cabe olvidar que, "... los esfuerzos para optimizar el mecanismo regulador surgido del principio *aut dedere aut judicare* pueden realizarse tanto en el plano internacional como en el nacional"¹³. Habría que dedicar la misma atención al derecho penal interno, e incluso a ciertas disposiciones constitucionales, que a las normas y prácticas jurídicas internacionales.

19. Como ha señalado con acierto la doctrina, "... el principio *aut dedere aut judicare* no puede considerarse como una panacea cuya aplicación universal curará todas las debilidades y dolencias de que viene padeciendo la extradición desde hace tanto tiempo. (...) Para que el principio *aut dedere aut judicare* se convierta en la regla universal de extradición, habría que tratar de lograr que se acepte la idea de que, en primer lugar, esta regla se ha convertido en un elemento indispensable de la represión de la delincuencia y el enjuiciamiento de los delincuentes en el ámbito internacional y, en segundo lugar, de que es insostenible seguir limitando su alcance a los crímenes internacionales (y ni siquiera a todos ellos) definidos en las convenciones

¹⁰ Se dictaron dos resoluciones idénticas sobre "Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom y Libian Arab Jamahiriya*), Provisional Measures", Orders of 14 April 1992, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 114.

¹¹ *Ibid.*, págs. 51 y 161 (magistrado Weeramantry, voto particular disconforme).

¹² *Ibid.*, págs. 82 y 187 (magistrado Ajibola, voto particular disconforme).

¹³ M. Plachta, *op. cit.*, pág. 332.

internacionales"¹⁴. La Comisión de Derecho Internacional podría seguir esa pauta en la labor de codificación que emprenda en esta materia.

20. A la luz de lo que antecede, parece que el tema de "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en derecho internacional" ha adquirido un grado de madurez suficiente para su codificación, con la posible inclusión de algunos elementos de desarrollo progresivo. Sin embargo, en esta etapa parece prematuro decidir si el producto final de la labor de la Comisión debería adoptar la forma de un proyecto de artículos, unas directrices o unas recomendaciones. Si aceptara el tema, la Comisión debería comenzar por examinar los siguientes elementos principales:

II. Plan de acción preliminar

21. Análisis comparativo de las disposiciones apropiadas relativas a la obligación que figuran en las convenciones pertinentes y en otros instrumentos internacionales: determinación sistemática de las semejanzas y diferencias existentes.

22. Evolución y desarrollo de la obligación: de la "fórmula de Grocio" a la "triple opción":

- a) extraditar o castigar;
- b) extraditar o juzgar;
- c) extraditar o juzgar o entregar a un tribunal internacional.

23. Posición actual de la obligación en el derecho internacional contemporáneo:

- a) como obligación dimanante de tratados internacionales;
- b) como obligación dimanante de normas consuetudinarias: consecuencias de su naturaleza consuetudinaria;
- c) posibilidad de que la obligación tenga carácter mixto.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 364.

24. Ámbito de aplicación de la obligación:

- a) a "todas las infracciones por las que otro Estado resulte especialmente lesionado" (Grocio);
- b) a una categoría o categorías limitadas de infracciones (por ejemplo, a los "crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", o a las "infracciones internacionales", etc.): posibles criterios de tipificación de esas infracciones.

25. Contenido de la obligación:

- a) obligaciones de los Estados (*dedere o judicare*):
 - i) extradición: condiciones y excepciones;
 - ii) jurisdicción: motivos para ejercerla;
- b) derechos de los Estados (en caso de aplicación o no aplicación de la obligación).

26. Relación entre la obligación y otras normas relativas a las competencias jurisdiccionales de los Estados en materia penal:

- a) planteamiento "basado en la infracción" (por ejemplo, artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970);
- b) planteamiento "basado en el autor de la infracción" (por ejemplo, párrafo 2 del artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición);
- c) principio de la competencia jurisdiccional universal:
 - i) ejercida por los Estados;
 - ii) ejercida por órganos judiciales internacionales.

27. Naturaleza de ciertas obligaciones dimanantes en derecho internacional de la aplicación de la obligación:

- a) igualdad de las obligaciones alternativas (extraditar o juzgar), o primacía de una de ellas (jerarquía de las obligaciones);
- b) posibles limitaciones o exclusiones al cumplir otras obligaciones (por ejemplo, no extradición de los nacionales, excepción concerniente a las infracciones políticas, limitaciones derivadas de la protección de los derechos humanos, etc.);
- c) posibles efectos de esas limitaciones o exclusiones en otro tipo de obligaciones (por ejemplo, efectos de las excepciones a la extradición en el enjuiciamiento como alternativa);
- d) la obligación como norma de carácter sustantivo, procesal o mixto;
- e) posición de la obligación en la jerarquía de las normas de derecho internacional:
 - i) norma secundaria;
 - ii) norma primaria;
 - iii) norma de *jus cogens* (?).

28. Relación entre la obligación y otros principios de derecho internacional (por ejemplo, el de la soberanía de los Estados, el de la protección de los derechos humanos, el de la represión universal de ciertos crímenes, etc.).

III. Compatibilidad con los criterios de selección de nuevos temas

29. El tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en derecho internacional", propuesto para su examen por la Comisión de Derecho Internacional, cumple las condiciones establecidas por la Comisión en sus períodos de sesiones 49º y 52º para la selección de los temas, que se basan en los siguientes criterios:

- a) El tema debía reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.
- b) El tema debía encontrarse en una etapa suficiente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación.
- c) El tema debía ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación.
- d) La Comisión no debía limitarse a los temas tradicionales, sino que podía examinar también temas que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las preocupaciones de la comunidad internacional¹⁵.

30. El tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en derecho internacional" parece reflejar necesidades reales de los Estados con respecto al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. La práctica, especialmente en los últimos decenios, de incluir esa obligación en muchos tratados internacionales y su aplicación por los Estados en sus relaciones mutuas plantea la cuestión de la unificación de los diferentes aspectos del modo de hacer efectiva la obligación. Entre los problemas más importantes que requieren aclaración sin demora está la posibilidad de reconocer que tal obligación no se funda únicamente en tratados, sino que también se basa, al menos en cierta medida, en normas consuetudinarias.

31. El tema parece estar suficientemente maduro para permitir el desarrollo progresivo y la codificación, especialmente a la luz de la evolución de la práctica de los Estados y de su creciente reflejo en la actividad jurisdiccional y en muchas obras doctrinales. El desarrollo y la determinación jurídica precisa de los elementos de la obligación de extraditar o juzgar parece redundar en interés de los Estados, puesto que constituye uno de los principales factores que pueden hacer más eficaz su cooperación en materia penal.

32. El tema está formulado con precisión y el concepto de la mencionada obligación claramente arraigado en las relaciones internacionales de los Estados desde tiempos antiguos.

¹⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, pág. 267.

No es demasiado general ni demasiado restrictivo, y su viabilidad para el desarrollo progresivo y la codificación parece fuera de duda. Como tal, la obligación ha sido ya incluida por la Comisión en la lista de temas apropiados para su examen futuro¹⁶. Desde entonces se ha hecho evidente que ese examen debería comenzarse tan pronto como fuera posible.

33. Aunque la obligación de extraditar o juzgar pueda parecer a primera vista muy tradicional, no hay que dejarse desorientar por su antigua formulación latina. La obligación misma no puede tratarse sólo como un tema tradicional. Su evolución desde la época de Grocio hasta tiempos recientes y su importante desarrollo como instrumento eficaz contra la creciente amenaza que las infracciones penales representan para los Estados y los individuos pueden llevar con seguridad a una sola conclusión: la de que refleja nuevas tendencias del derecho internacional y acuciantes preocupaciones de la comunidad internacional.

¹⁶ Véase *Anuario...*, 1996, vol. II, (Segunda parte), pág. 149.