



Asamblea General

Quincuagésimo tercer período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
14 de diciembre de 1998
Español
Original: inglés

Sexta Comisión

Acta resumida de la 13ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el lunes 26 de octubre de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Enkhsaikhan (Mongolia)

Sumario

Tema 150 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones

Tema 154 del programa: Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones. Dichas correcciones deberán enviarse, con la firma de un miembro de la delegación interesada, y *dentro del plazo de una semana a contar de la fecha de publicación*, a la Jefa de la Sección de Edición de Documentos Oficiales, oficina DC2-750, 2 United Nations Plaza, e incorporarse en un ejemplar del acta.

Las correcciones se publicarán después de la clausura del período de sesiones, en un documento separado para cada Comisión.

Se declara abierta la sesión a las 10.20 horas.

Tema 150 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (A/53/10)

1. El Sr. Baena Soares (Presidente de la Comisión de Derecho Internacional) dice que al celebrarse el cincuentenario de la Comisión conviene destacar que ésta ha desempeñado una función esencial en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Ha elaborado más de 20 series de proyectos de artículos que establecen las normas básicas de la mayoría de los temas principales del derecho internacional, desde la jurisdicción de los Estados a la condición del individuo y desde la sucesión de los Estados a los recursos naturales y las relaciones económicas. Algunos de los ejemplos más notables son el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares, el derecho de los tratados, el derecho del mar y el derecho de las organizaciones internacionales. Los tratados de ámbito universal han desempeñado un papel fundamental en el derecho internacional, e incluso los proyectos de artículos han influido notablemente en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales.

2. En su 50º período de sesiones, la Comisión ha celebrado un seminario para examinar con sentido crítico su labor y las experiencias que habrá de tener en cuenta en el futuro y ha aprovechado las ideas y sugerencias planteadas en el coloquio que la Sexta Comisión celebró en 1997 a petición de la Asamblea General (párrafo 18 de la resolución 51/160). El orador toma nota con satisfacción de que los debates del coloquio se han publicado en junio de 1998 con el título de "Making better international law", y dice que ha sabido que el informe sobre el seminario de la Comisión de Derecho Internacional celebrado en abril de 1998 también se publicará en breve.

3. El proyecto de estatuto de una corte penal internacional redactado por la Comisión en 1994 ha sido una buena base para la reciente aprobación del Estatuto en Roma. Es una gran satisfacción que los delegados hayan reconocido la contribución de la Comisión al Estatuto.

4. En su 50º período de sesiones, la Comisión ha avanzado notablemente en diversos temas. El tema de la responsabilidad internacional está en su programa desde hace mucho tiempo. El nuevo planteamiento del tema adoptado por la Comisión le ha permitido concluir en ese período de sesiones la primera lectura de una serie de 17 proyectos de artículos con sus comentarios correspondientes sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Antes de abordar su lectura definitiva la Comisión está muy

interesada en conocer las opiniones de los Estados sobre el tema.

5. Otro logro importante del período de sesiones de la Comisión celebrado en 1998 ha sido su labor en los temas de la responsabilidad de los Estados y las reservas a los tratados. En 1997, la Comisión concluyó la primer lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En 1998, teniendo en cuenta las observaciones y comentarios formulados por los Estados, aclaró varias cuestiones generales aunque importantes, sobre todo la distinción entre la responsabilidad por "crímenes" y la responsabilidad por "delitos". En relación con el tema de las reservas a los tratados, la Comisión aprobó siete proyectos de directrices sobre la definición de las reservas. A continuación abordó la definición de las declaraciones interpretativas. Una vez más, la Comisión aguarda impaciente los comentarios de los Estados acerca de las directrices.

6. Además, la Comisión examinó los primeros informes sobre dos nuevos temas: la protección diplomática y los actos unilaterales de los Estados; estableció las premisas concretas de las que debe partir su futura labor, y pidió a los relatores especiales respectivos que presentaran nuevos informes sobre la base de esas premisas.

7. En cuanto al tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, la Comisión estableció un grupo de trabajo para examinar la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas, alcanzó ciertas conclusiones preliminares, las incluyó en el informe y espera que los Estados den su opinión al respecto.

8. La comisión prosiguió el interesante examen de sus métodos y programas de trabajo. Se ha centrado en su programa de trabajo a largo plazo y ha seleccionado y examinado varios temas sobre los que volverá en el futuro. Además, ha mantenido su provechosa cooperación con otros organismos intergubernamentales regionales que se ocupan del derecho internacional público. Cabe destacar especialmente el interesantísimo intercambio de opiniones que ha mantenido con la Corte Internacional de Justicia.

9. El orador, recordando que como es tradición en la Sexta Comisión dividirá su discurso en tres partes, dice que, por el momento, se referirá únicamente a los capítulos I a V del informe de la Comisión (A/53/10).

10. El capítulo I o introducción aborda las cuestiones generales relativas a la composición de la Comisión. Como en ocasiones anteriores, en el capítulo II se ofrece un breve resumen de la labor de la Comisión en su 50º período de sesiones. En el capítulo III, redactado a instancias de los Estados, se enumeran cuestiones respecto de las cuales las observaciones de los Estados podrían revestir particular

interés para la Comisión. La finalidad del capítulo es señalar a la atención de la Sexta Comisión los temas importantes planteados en el informe y se espera que le sirva de orientación en sus debates.

11. En el capítulo IV se aborda la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas), tema en el que la Comisión ha logrado avances notables en su 50º período de sesiones. La Comisión ha concluido la primera lectura de 17 proyectos de artículos sobre el tema, cuyo texto se incluye en el informe. La mayoría de los artículos están inspirados en los aprobados por el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996, que fueron revisados ante la decisión de la Comisión de centrarse primeramente en los aspectos preventivos del tema y en los últimos acontecimientos al respecto, en particular, la aprobación en 1997 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El orador destaca especialmente las cuestiones concretas planteadas por la Comisión en los párrafos 31 a 34 del informe.

12. En el artículo 1 se establece el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos, a saber, las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Por diversas razones, que se examinan en el párrafo 1) del comentario al artículo, la Comisión ha optado por establecer el ámbito de aplicación en términos generales en lugar de enumerar las actividades a las que se aplicarían los proyectos de artículos. La expresión “riesgo de causar, ..., un daño transfronterizo sensible” y el término “daño” se aclaran en el artículo 2, relativo a los términos empleados. El orador destaca que, como se dice en el comentario correspondiente, los proyectos de artículos se aplican cuando el efecto combinado de riesgo y daño alcanza un nivel que se considera apreciable.

13. El término “sensible” es un umbral que ha tenido mucha aceptación en el derecho internacional. Además, se desprende claramente de la definición de “daño transfronterizo” que figura en el artículo 2 que los proyectos de artículos se aplican únicamente a las actividades que causan daño en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen. El daño al patrimonio común de la humanidad como tal queda excluido, por lo tanto, del ámbito de aplicación del texto.

14. Los artículos 3 y 4 son las piedras angulares de los proyectos de artículos, pues establecen los principios generales de los que se derivan los demás artículos. El artículo 3 establece el principio fundamental de que los Estados deben

adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir y minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Como se aclara en el comentario, la Comisión no considera que esa sea una obligación de resultado sino de observar la diligencia debida. No obstante, se plantea la cuestión de cuáles deben ser las consecuencias del incumplimiento de la obligación de prevención en ausencia de daño, y la Comisión querría conocer las opiniones de los Estados al respecto. En este punto el orador vuelve a remitir a los delegados al párrafo 32 del informe.

15. El principio de cooperación entre los Estados interesados, es decir, el Estado de origen y el Estado o Estados que puedan resultar afectados, establecido en el artículo 4, es esencial para trazar y aplicar directrices eficaces para prevenir o reducir al máximo el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Como se dice en el artículo, en ciertos casos la asistencia de una o más organizaciones internacionales podría ser útil para lograr esos objetivos. Hay que subrayar que el principio de buena fe debe presidir todas las medidas de cooperación que adopten los Estados para prevenir o reducir al máximo el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

16. En el artículo 5 se aborda la cuestión de la aplicación de las disposiciones de los proyectos de artículos. Se deja a la entera discreción de los Estados las medidas que deben adoptar, pero se mencionan algunas a título de orientación, como las medidas legislativas y administrativas y una medida más concreta, consistente en establecer mecanismos de vigilancia apropiados.

17. El último artículo de carácter general es el artículo 6, que en realidad es una cláusula de salvaguardia. Subraya el carácter subsidiario de los proyectos de artículos, que sólo se aplican a falta de normas o regímenes internacionales especiales.

18. Al abordar los artículos que regulan más precisamente el cumplimiento de la obligación de prevenir un daño transfronterizo, el orador dice que en el artículo 7 se establece el principio fundamental de que se requiere la autorización previa del Estado para que se lleven a cabo en su territorio, o de cualquier otro modo bajo su jurisdicción o control, actividades que puedan causar un daño transfronterizo sensible. También se requiere autorización cuando se quieran introducir cambios importantes en una actividad y cuando se proyecte efectuar un cambio que pueda convertir una actividad no peligrosa en una actividad que pueda causar un daño transfronterizo.

19. Obviamente, no basta aplicar el requisito de la autorización previa a las actividades peligrosas emprendidas después de que el Estado de origen haya adoptado el régimen

establecido en los proyectos de artículos. Las actividades preexistentes también deben someterse al requisito de la autorización a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación de prevención. En el artículo 7 se abordan además, aunque de modo general, las consecuencias de que el explotador no cumpla con los requisitos de la autorización. El Estado de origen deberá adoptar las medidas apropiadas incluida, en casos extremos, la revocación de la autorización.

20. Para decidir si debe autorizar una actividad peligrosa determinada, el Estado de origen debe examinar los posibles daños transfronterizos de esa actividad. El requisito de evaluar los posibles daños transfronterizos se establece en el artículo 8 en términos muy generales. Ha prevalecido la opinión de que los detalles de la evaluación deben regularlos las leyes internas. Sin embargo, algunos delegados opinan que convendría orientar a los Estados al respecto.

21. El artículo 9 se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional, en particular el derecho internacional ambiental, según las cuales hay que asegurarse de que las personas cuya vida, salud, bienes y medio ambiente puedan resultar afectados, participen en el proceso de adopción de decisiones, ofreciéndoles la oportunidad de presentar sus opiniones a los responsables últimos de la adopción de decisiones. Hay que advertir que se exige a los Estados que proporcionen información no sólo a su propia población sino también a la de los demás Estados.

22. La obligación de notificación se regula en el artículo 10. Cuando de la evaluación de los posibles efectos de una actividad resulte que existe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, el Estado de origen debe, antes de que se tome una decisión sobre la autorización de la actividad, notificarlo a los Estados que puedan resultar afectados y transmitir la información pertinente. En el artículo se templa la obligación impuesta al Estado de origen exigiendo a los Estados que puedan resultar afectados que presenten su respuesta en un plazo razonable para que la decisión de autorizar o no la actividad no se retrase indefinidamente.

23. El mismo propósito de armonizar los intereses de las partes subyace en el artículo 11, relativo a las consultas sobre las medidas preventivas. Las partes deben celebrar consultas de buena fe y tener en cuenta los legítimos intereses mutuos, a fin de encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir y minimizar los riesgos de daño transfronterizo sensible. Si no se consigue ese objetivo, el Estado de origen puede autorizar la actividad, pero deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados.

24. En el artículo 12 se establece una lista no exhaustiva de los factores que los Estados deben tener en cuenta en las

consultas a fin de lograr un equilibrio equitativo de intereses. La pertinencia de cada factor dependerá de las circunstancias concretas del caso, pero el artículo 12 proporciona orientación al respecto.

25. En el artículo 13 se establece que si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se desarrolla en otro Estado puede causarle un daño transfronterizo sensible y no ha recibido la notificación correspondiente del Estado de origen, podrá pedir a éste que cumpla la obligación de notificación examinada anteriormente. En ciertos casos, sin embargo, la ausencia de notificación no se debe al descuido del Estado de origen sino a su convicción de que la actividad en cuestión no entraña riesgo alguno. Si persiste el desacuerdo al respecto entre los dos Estados, pueden entablar consultas. Conviene destacar que en el párrafo 3 del artículo 13 se refuerza la protección de los intereses del Estado que puede resultar afectado. Así, a petición de este último, el Estado de origen debe disponer las medidas adecuadas para minimizar el riesgo de la actividad y, en ciertos casos, suspenderla por un período de seis meses, salvo que se acuerde otra cosa.

26. La obligación de intercambiar información sobre la prevención o minimización del riesgo de daño transfronterizo sensible no se limita a la fase de autorización sino que es una obligación permanente. Así se expresa en el artículo 14. Sin embargo, hay una excepción a la obligación de proporcionar información que se establece en los proyectos de artículos: como se dice en el artículo 15, los Estados no están obligados a revelar información vital para su seguridad nacional o para la protección de secretos industriales.

27. La Comisión ha considerado necesario proteger no sólo los intereses de los Estados que pueden resultar afectados por una actividad peligrosa sino también los intereses de las personas naturales o jurídicas sometidas al mismo riesgo. Por eso el artículo 16 establece que salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el Estado de origen dará acceso a las personas naturales o jurídicas, sin discriminación por nacionalidad, residencia o lugar en que pueda ocurrir el daño, a sus procedimientos judiciales o de otra índole para que soliciten protección u otra reparación apropiada.

28. Por último, el artículo 17 establece el recurso obligatorio al nombramiento de una comisión de determinación de los hechos si las partes en una controversia relativa a los proyectos de artículos no son capaces de elegir de mutuo acuerdo un medio de solución pacífica en un plazo de seis meses. La Comisión entiende que el artículo 17 debe dar más detalles sobre el establecimiento y funcionamiento de esa comisión, pero considera prematuro hacerlo antes de que se adopte una decisión sobre la forma de los proyectos de artículos. Son

especialmente bienvenidas las observaciones de los Estados sobre este tema.

29. En el capítulo V se aborda el tema de la protección diplomática. En su informe, el Relator Especial planteó una serie de cuestiones básicas, inherentes al tema, respecto de las cuales solicitó la opinión de la Comisión. Esas cuestiones se dividían en dos categorías generales: el carácter jurídico de la protección diplomática y el carácter de las normas que la rigen.

30. En cuanto al carácter jurídico de la protección diplomática, el Relator Especial explicó que el elemento esencial en la protección diplomática era la controversia surgida entre un Estado que hubiese acogido a un extranjero y ese extranjero cuando se le hubiesen denegado sus derechos con el consiguiente perjuicio. Si el nacional extranjero no tuviese la posibilidad de internacionalizar la controversia y sacarla del ámbito del derecho interno, el Estado de que era nacional podía, a su discreción, hacer suya esa reclamación operando en ella una verdadera "novación". El Relator Especial hizo referencia a dos novedades importantes. Primera, que los Estados reconocían, mediante acuerdos, el derecho del Estado de la nacionalidad a adoptar medidas, incluido el recurso ante una instancia arbitral, para hacer valer los derechos concedidos por un tratado a sus nacionales. Segundo, que algunos tratados permitían a los individuos recurrir directamente al arbitraje internacional. El Relator Especial consideró que esas novedades y el hecho de que se confiriera cierta capacidad al individuo para ser beneficiario directo del derecho internacional, conducían a interrogantes doctrinales más precisos sobre la aplicabilidad de la concepción tradicional de la protección diplomática.

31. El Relator Especial opinó que la naturaleza de las normas que regulaban la protección diplomática dependía de si se adoptaba la opinión tradicional de que el Estado hacía valer sus propios derechos al apoyar la reclamación de su nacional o un planteamiento más moderno según el cual el Estado era simplemente un representante de un nacional suyo que tenía un interés jurídicamente protegido en el plano internacional. La adopción de uno u otro planteamiento tendrá consecuencias prácticas en la formulación de las disposiciones sobre el tema.

32. Hubo acuerdo general en la Comisión en que el tema era complejo y de gran importancia práctica y en que difícilmente había otro tema que estuviera tan maduro para la codificación como la protección diplomática y sobre el que hubiera un conjunto de normas imperativas comparativamente tan sólido. Se dijo que la finalidad original de la institución de la protección diplomática había sido mitigar las desventajas e injusticias a que habían estado sometidas las personas naturales y jurídicas. Por tanto, lejos de ser una institución

opresiva, la protección diplomática había rectificado, al menos en parte, las injusticias de un sistema que reducía a la persona, y específicamente a la persona natural, a la categoría no de sujeto del derecho internacional sino de víctima de las violaciones de ese derecho. Algunos miembros de la Comisión sostuvieron que la protección diplomática era un concepto jurídico lo mismo que la posesión y propiedad eran conceptos jurídicos. Por esa razón, la protección diplomática en el marco del asunto *Mavrommatis* no debía considerarse una ficción.

33. Respecto de la cuestión de si al ejercer la protección diplomática el Estado estaba haciendo valer su propio derecho o el derecho de un nacional lesionado, muchos miembros de la Comisión sostuvieron que la protección diplomática siempre había sido una prerrogativa soberana del Estado como sujeto de derecho internacional. De lo contrario, no se habría firmado ningún acuerdo de indemnización por nacionalización de bienes después de la segunda guerra mundial.

34. En cuanto a la relación entre derechos humanos y protección diplomática, se hicieron varias observaciones en las que se recalca la necesidad de mostrar cautela en cuanto a asimilar ambas instituciones o establecer una jerarquía entre ellas. Se dijo que, si bien era cierto que la normativa de la protección diplomática existía mucho antes de que aparecieran los derechos humanos como término técnico en el derecho internacional, los dos planteamientos existían paralelamente y la potencialidad de cada uno coincidía sólo parcialmente con la del otro. Prescindir de la protección diplomática en favor de los derechos humanos significaría en algunos casos privar a las personas de una protección de que habían gozado antes. Naturalmente, los derechos humanos podían servir ahora para reforzar la protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad. A este respecto, se observó que el tradicional "criterio *Mavrommatis*" respecto de la protección diplomática tenía sus ventajas y no debería descartarse sin considerar detenidamente lo que se requería para hacer efectivos los derechos individuales. Se señaló que podía permitirse que el criterio de los derechos humanos influyera en el ulterior debate de la Comisión del tema caso por caso, pero que al adoptar ese criterio la Comisión no debía seguir dudando del fundamento mismo de la protección diplomática.

35. Se dijo que las condiciones necesarias para ejercer la protección diplomática eran probar que se había causado un daño a un nacional; que el daño constituía una violación al derecho internacional; que el daño era imputable al Estado contra el que se presentaba la reclamación y, por último, que existía un nexo causal entre el daño causado y la imputación del daño. Por tanto, en una reclamación internacional de protección diplomática había tres protagonistas principales:

el sujeto cuya persona, bienes o derechos habían sido perjudicados; el Estado causante del daño y el Estado que asumía o auspiciaba la reclamación. La segunda condición para ejercer la protección diplomática era que los sujetos perjudicados no hubieran podido obtener satisfacción por medio de recursos que dieran al Estado la oportunidad de evitar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales mediante la oportuna reparación.

36. Algunos miembros opinaron que el fundamento del agotamiento previo de los recursos de las jurisdicciones internas era empírico y que podía haber casos en que el requisito no fuera exigible, como cuando no hubiera ninguna vinculación voluntaria previa con la jurisdicción de que se tratara. Se expresó también la opinión de que el requisito de agotar los recursos de la jurisdicción interna acarrearía además la consecuencia de que el modelo de la subrogación no podía aplicarse a la protección diplomática, ya que había un cambio fundamental de la naturaleza del derecho.

37. En cuanto a los recursos de la jurisdicción interna, se planteó la cuestión de si el criterio mínimo del trato concedido a un extranjero con arreglo al derecho internacional debía ser el único criterio y si el criterio de trato no debía definirse mediante referencia al derecho interno a fin de evitar conferir un estatuto privilegiado a los extranjeros. Ciertamente, la aplicación de cualquiera de los dos criterios suscitaría controversias dadas las diferencias culturales, sociales, económicas y jurídicas que podían existir entre el Estado de acogida y el Estado extranjero. Se señaló también que, al ejercer la protección diplomática, el Estado que defendía a sus nacionales no podía recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. Por tanto, una importante contribución que la Comisión puede aportar al examinar el tema es señalar de qué medios disponen los Estados para hacer efectivos sus derechos y los derechos de sus nacionales en el marco de la protección diplomática.

38. Se planteó la cuestión de saber si un Estado podía ejercer la protección diplomática paralelamente a un recurso internacional entablado directamente por la persona perjudicada o si el Estado sólo podía ejercer la protección diplomática después de que se hubieran agotado todos los procedimientos internos de arreglo de controversias.

39. Se observó que no convenía examinar teorías y conceptos como la distinción entre normas primarias y secundarias antes de tratar las instituciones y normas de la protección diplomática. Esas cuestiones podían debatirse cuando surgieran en contextos específicos.

40. A fin de ayudar al Relator Especial, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo encargado de dar orientación con respecto a las cuestiones que debían tratarse en el

segundo informe. Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el párrafo 108 del informe de la Comisión.

41. El Sr. Fomba (Malí) dice en relación con el tema de la protección diplomática que su delegación comparte la primera conclusión del Grupo de Trabajo de que el planteamiento de la protección diplomática desde el punto de vista del derecho consuetudinario debe ser la base para la labor de la Comisión sobre el tema. Como dijo el Relator Especial, el problema de la protección diplomática es un problema fundamentalmente de codificación y su origen consuetudinario quedó de manifiesto en los considerandos de la sentencia dictada en el asunto *Mavrommatis*.

42. En cuanto a la segunda conclusión, aunque Malí está de acuerdo en que en el tema deben examinarse las normas secundarias del derecho internacional relacionadas con la protección diplomática, no cree que el derecho internacional pueda dividirse en normas primarias y secundarias como compartimentos estancos. Coincide con el Relator Especial en que la Comisión debe examinar las normas primarias solamente cuando sea necesario para codificar adecuadamente las normas secundarias. De nada valdría examinar teorías y conceptos como la distinción entre normas primarias y secundarias antes de abordar las instituciones y normas de la protección diplomática. Considera además que el estudio de la protección diplomática debe comprender el de los medios para ejercerla, es decir, el mecanismo tradicional del arreglo pacífico de controversias y la cuestión de las contramedidas.

43. Malí apoya la sugerencia del Relator Especial de reemplazar el título del tema por el de "Protección diplomática de las personas y los bienes", para poner mejor de manifiesto su contenido y deslindarlo de las relaciones diplomáticas y consulares.

44. En cuanto a la tercera conclusión, Malí está de acuerdo en que el ejercicio de la protección diplomática es un derecho del Estado. En el ejercicio de ese derecho, el Estado debe tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejerce la protección diplomática. Esa conclusión apunta a la necesidad de hacer mayor hincapié en el desarrollo progresivo del derecho consuetudinario basado en el reconocimiento de los derechos humanos por la comunidad internacional.

45. El Relator Especial planteó oportunamente la cuestión de si la protección diplomática era un derecho de los Estados o de los particulares y la cuestión de cuáles eran las consecuencias prácticas de optar por una u otra solución en la formulación de las disposiciones sobre el tema. Hay que dar respuestas claras y realistas a esas dos cuestiones y a otras como: ¿Reconoce el derecho internacional al individuo un derecho a la protección diplomática? Y, en caso afirmativo,

¿cuál es el contenido de ese derecho? ¿Cuáles son o serían las consecuencias de ese derecho en relación con la facultad discrecional del Estado de conceder o denegar la protección y su derecho a determinar la reparación? El reconocimiento del derecho del individuo a recurrir directamente a la justicia internacional, ¿altera la noción tradicional de la protección diplomática? Por último, es esencial distinguir entre lo deseable y lo posible y tener en cuenta los aspectos jurídicos y políticos y los intereses de los Estados y los particulares.

46. Respecto de la cuarta conclusión, Malí comparte la opinión de que en su labor sobre la protección diplomática la Comisión debe tener en cuenta la evolución del derecho internacional, que reconoce y protege cada vez más los derechos de las personas, y debe examinar los efectos directos y concretos de esa evolución a la luz de la práctica de los Estados.

47. En cuanto a la quinta conclusión, Malí coincide en que la facultad discrecional del Estado de ejercer la protección diplomática no obsta a que el Estado asuma respecto de sus nacionales el compromiso de ejercer esa facultad. La Constitución de Malí, de 25 de febrero de 1992, aunque es muy progresista en el tema de los derechos humanos, no reconoce expresamente el derecho de los malienses a la protección diplomática, pese a que la protección de éstos en el extranjero es uno de los propósitos manifiestos de la política exterior del Estado.

48. En relación con la sexta conclusión, Malí está de acuerdo con que sería útil pedir a los Estados que proporcionarían a la Comisión el texto de las leyes nacionales más importantes, las decisiones de sus tribunales y la práctica de los Estados en relación con la protección diplomática.

49. Por último, respecto de la séptima conclusión, Malí respalda la decisión adoptada por la Comisión en 1997, en su 49º período de sesiones, de terminar la primera lectura del tema a fines del presente quinquenio.

50. En cuanto al tema de las reservas a los tratados, la contestación de Malí a la solicitud de la Comisión que figura en el párrafo 41 de su informe es que las declaraciones unilaterales mediante las cuales un Estado se propone aumentar sus compromisos o derechos en el contexto de un tratado más allá de los previstos en el tratado mismo no deben considerarse reservas. Las reservas en forma de declaración unilateral no pueden y no deben tener otro objeto que excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que las haya formulado.

51. En relación con el párrafo 42, es esencial que los Estados proporcionen información o material respecto de su práctica acerca de las declaraciones unilaterales, y Malí hará su aportación oportunamente.

52. El Sr. **Lavalle Valdes** (Guatemala) dice que el texto revisado de los 17 proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) omite todas las disposiciones relativas a la responsabilidad incluidas en el proyecto original de 22 artículos que figuraba en el anexo I del informe de la Comisión en su 48º período de sesiones (A/51/10). Por ello, el texto revisado abordó exclusivamente el régimen de prevención y omitió las disposiciones del texto original relacionadas con la responsabilidad y la naturaleza y el alcance de la indemnización u otras formas de reparación. El propósito de los autores fue claramente el de abordar las fases anteriores a la fase de producción del daño, en la cual puede exigirse la responsabilidad del Estado de origen. En el artículo 16 del texto revisado, por ejemplo, se alude a las “personas ... que puedan estar o estén expuestas al riesgo de que se les cause un daño transfronterizo sensible”, lo mismo que se hacía en el artículo 20 del proyecto original.

53. Sin embargo, en opinión del orador, no se ha podido evitar que la cuestión de la responsabilidad reaparezca en el proyecto de artículos revisado. Éste impone obligaciones a los Estados con el propósito principal de prevenir daños transfronterizos. Es obvio, sin embargo, que un Estado obligado por el texto del proyecto de artículos revisado puede causar un daño transfronterizo a otro Estado a consecuencia del incumplimiento de esas obligaciones e incurrir así en responsabilidad para con el Estado afectado. Pero esa responsabilidad es diferente a la responsabilidad a la que se refiere el texto original en el sentido de que el Estado de origen no comete un acto no prohibido por el derecho internacional sino un acto prohibido por el derecho internacional.

54. La validez de esas observaciones se confirma en el comentario al artículo 3 del texto revisado, que dice que la obligación de los Estados de tomar medidas preventivas o medidas para aminorar el riesgo está regida por la diligencia debida y no es una obligación de resultado. Se patentiza así la necesidad de normas primarias, atributo esencial de la responsabilidad del Estado, y normas secundarias.

55. Guatemala considera que, de acuerdo con el proyecto original, cuando un Estado obligado por las disposiciones del texto causa daño a otro Estado, incurre en responsabilidad aunque haya cumplido sus obligaciones de prevención. Sin

embargo, si las ha incumplido y el incumplimiento es la causa del daño sufrido por el otro Estado, incurre en “responsibility” y no en “liability”. Ello es claro si se tiene en cuenta que en el anexo I del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (A/51/10), el párrafo 4) del comentario al artículo 4 del proyecto original es idéntico al párrafo 6) del comentario al artículo 3 del proyecto revisado. Parecería pues que, según el proyecto original, un Estado puede estar sujeto a “liability” o “responsibility”: lo primero si causa un daño a otro Estado pese a haber cumplido sus obligaciones de prevención, y lo segundo si ha incumplido éstas y el daño obedece exclusivamente a ese incumplimiento.

56. La Comisión no explica por qué decidió suprimir las palabras entre corchetes que figuraban en el artículo 1 del proyecto original. Guatemala considera conveniente reemplazar la totalidad del texto que comienza con las palabras “el que” por las palabras “cualquier riesgo situado en una gama que se extiende desde el riesgo que implica mucha probabilidad de causar un daño sensible hasta el riesgo que implica poca probabilidad de causar un daño catastrófico”. Si no se acepta esa sugerencia, Guatemala considera que podría reemplazarse, en dicho apartado a), “y” por “o” y “otros” por “un”. Si se acepta esta sugerencia alternativa, podría agregarse, después de las dos palabras finales “daño sensible”, las siguientes palabras: “así como cualquier riesgo situado entre estos dos extremos”. Guatemala considera útil el nuevo inciso b) del artículo 2 y la supresión del artículo 3 del proyecto original, que, como ya sostuvo anteriormente, es innecesario. Se pregunta, no obstante, si es necesario el artículo 5 del proyecto revisado, que no tiene equivalente en el proyecto original.

57. En cuanto al artículo 16 del proyecto revisado, Guatemala considera extraño que, al hablar de recursos judiciales o administrativos tendentes a obtener una reparación, el texto no aluda a quienes han sufrido el daño sino a las personas que “estén expuestas al riesgo” de sufrirlo. Sin duda los autores del proyecto revisado quisieron suprimir toda alusión a cuestiones de responsabilidad. Pero, como ya se ha dicho, el proyecto revisado no excluye la responsabilidad normal o “responsibility”. Por eso, las palabras “que puedan estar o estén expuestas al riesgo de que se les cause” deberían sustituirse por las palabras “que, a consecuencia del incumplimiento del deber de prevención, han sufrido”. El artículo 17 del proyecto revisado es inadecuado porque, como se desprende del párrafo 1 de dicho artículo pueden surgir controversias relativas no sólo a los hechos sino a la interpretación.

58. Por último, conviene preguntarse si el proyecto revisado puede existir por sí solo. La respuesta es que sí, en el mismo sentido en que una persona puede subsistir con una pierna

amputada. Guatemala considera que las partes amputadas deben reincorporarse al proyecto revisado, es decir, que debe retornarse al proyecto original. Otra posibilidad sería hacer de las partes amputadas un protocolo del tratado en que se transformaría el proyecto revisado.

59. El Sr. Manongi (República Unida de Tanzania) dice, en relación con la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, que la Comisión ha dado un paso valiente al recomendar un régimen específico de prevención distinto de un régimen de responsabilidad, planteando la cuestión de si el deber de prevención debe seguir tratándose simplemente como una obligación de comportamiento y no de resultado o si el incumplimiento debe producir las consecuencias adecuadas propias del derecho de la responsabilidad de los Estados, de la responsabilidad civil o de ambas, cuando estén implicados el Estado de origen y el explotador. La decisión es valiente porque la distinción sigue siendo confusa. Desde luego, más vale prevenir que curar, pero la responsabilidad civil tiene un doble contenido: la prevención y la reparación, lo mismo que las leyes penales cumplen una función preventiva y punitiva. En los dos casos, la prevención es solamente una obligación de comportamiento que no tiene consecuencias por sí misma hasta que el comportamiento origine un efecto indeseable o una falta. El establecimiento de un régimen separado basado exclusivamente en la obligación de prevenir daría origen a una presunción de responsabilidad que produciría efectos aun cuando no se hubiera causado un daño. La prevención es el mejor remedio, pero es difícil entender cómo el incumplimiento de una obligación que no ha tenido ninguna consecuencia puede dar origen a un proceso. El resultado podría ser que los Estados no esperaran a que se produjera un daño para exigir responsabilidad a otros Estados que supuestamente no hubieran aplicado determinados controles o criterios. Este resultado está cuajado de aspectos subjetivos y es por ello preocupante.

60. Aunque la Corte Internacional de Justicia ha dicho que es parte integrante del derecho internacional ambiental la obligación de los Estados de velar por que las actividades sujetas a su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de las zonas no sujetas a ninguna jurisdicción nacional, sigue siendo dudoso que la noción de responsabilidad estricta o la sustitución total de la culpa por el resultado sea justa cuando se aplica estrictamente al régimen de la responsabilidad de los Estados. Una de las consecuencias de la mundialización y la liberalización es que en muchos casos la actividad que causa el daño puede atribuirse a un individuo

y no al Estado. Por ello, tal vez fuera oportuno atribuir al Estado una responsabilidad secundaria y no primaria. No deben olvidarse las actividades de los agentes principales. Es la persona causante de la contaminación o el daño la que debería pagar los daños efectivos y emergentes, como se exige en diversos instrumentos internacionales.

61. La República Unida de Tanzania elogia a la Comisión por el sentido de justicia que anima la redacción del proyecto de artículo 12, relativo a los factores de un equilibrio equitativo de intereses, y en especial su inciso a). Se olvida con demasiada frecuencia que, a causa del subdesarrollo, deben tenerse en cuenta factores como el escaso nivel tecnológico del Estado o su imposibilidad económica de adquirir la tecnología más moderna, para mejorar su capacidad preventiva, si el derecho internacional ambiental quiere hacerse eco de todos los intereses en presencia.

62. Por último, es un alivio que la Comisión haya tratado de adoptar un título más compatible con el fondo de los proyectos de artículos. Habida cuenta de las opiniones de la Comisión, la República Unida de Tanzania preferiría que los proyectos de artículos tuvieran la forma de ley modelo mejor que de convención. Por la misma razón, preferiría que se adoptara un régimen voluntario de solución de controversias *inter partes*.

63. El Sr. **Cafilisch** (observador por cuenta de Suiza) dice que los proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional tienen gran interés, pues adoptan un nuevo planteamiento del tema, a saber, la prevención del daño transfronterizo derivado de actividades peligrosas aunque lícitas. La labor de la Comisión se ha visto facilitada sin duda por la aprobación en 1997 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, varias de cuyas disposiciones influyeron mucho en los proyectos de artículos. El planteamiento adoptado, la insistencia en un deber de prevención basado en el principio de la diligencia debida, parece adecuado, aunque Suiza aún no ha podido revisar los proyectos de artículos a fondo.

64. En el proyecto de artículo 1 se dice que el texto se aplica a las actividades que entrañan “un riesgo de causar... un daño transfronterizo sensible”, pero los incisos b), c) y d) del proyecto de artículo 2 aclaran que el riesgo al que se hace referencia es el de causar daño a otro Estado. Ciertamente, sería conveniente hacer referencia, como se hace en los artículos 20 y 22 de la Convención de 1997, al riesgo de causar un daño sensible a un ecosistema. En relación con el proyecto de artículo 2, el orador destaca la confusión que rodea a la expresión “sensible”. En los párrafos 4) a 7) del comentario al proyecto de artículo 2, tras afirmarse que habrá

que precisar el significado de esa expresión en cada caso concreto, se dice que a veces las palabras “grave” o “sustancial” se han empleado como sinónimas de “sensible”, aunque antes se dijo que “sensible” no siempre es sinónimo de las otras dos expresiones. Hay que recordar que del debate sobre esa palabra en el Grupo de Trabajo Plenario para la Elaboración de la Convención de 1997 había surgido una definición difícil de emplear. Por difícil que sea el problema de la definición, de su solución depende el alcance de la obligación de prevención, por lo que la Comisión debe volver a examinarlo.

65. El proyecto de artículo 3 alude a las “medidas apropiadas”, y el párrafo 6) del comentario correspondiente aclara que la obligación de tomar esas medidas está regida por la “diligencia debida”, aunque este último concepto sólo se plantea por vez primera en relación con el proyecto de artículo 5 y sólo se completa en los proyectos de artículos 7 y 8 y 10 a 13. Suiza se pregunta si no sería preferible que el concepto de la diligencia debida figurara expresamente en el proyecto de artículo 3.

66. El régimen propuesto en los proyectos de artículo 7 y 8 y 10 a 13, que establece un deber de notificación relativamente amplio compensado por el hecho de que la obligación de prevenir no es absoluta sino condicionada al equilibrio equitativo que figura en el proyecto de artículo 12, parece admirable. Suiza considera aceptable en general ese régimen y sus disposiciones concretas, salvo dos reservas: primera, que la referencia del párrafo 2 del artículo 10 a “un plazo razonable” es demasiado imprecisa y debe sustituirse por un plazo concreto; segunda, que las actividades que puedan causar daños al medio ambiente no deberían ser simplemente uno de los factores del equilibrio equitativo de intereses sino que tal vez deberían prohibirse.

67. En relación con los párrafos 31 a 34 del informe, Suiza aún no ha decidido si la falta de la diligencia debida origina responsabilidad cuando no se produce ningún daño. Cuando éste se produce, sin embargo, el Estado es responsable; en otras palabras, persiste una obligación de comportamiento a la que podría añadirse la responsabilidad civil del explotador. Por último, el proyecto de artículo 17, que es análogo al artículo 33 de la Convención de 1997, es insuficiente. Si no pudiera solucionarse la controversia por medio de una comisión de determinación de los hechos, los Estados partes deberían estar facultados para incoar un proceso que culminara en una decisión obligatoria.

68. En cuanto a la protección diplomática, la Comisión ha avanzado relativamente poco. Persiste cierta confusión respecto de la distinción entre las normas sustantivas (secun-

darias) que establecen los elementos de la responsabilidad internacional y las normas procesales secundarias que establecen las condiciones del ejercicio de la protección diplomática. Suiza opina que esas dos clases de normas deben distinguirse tan claramente como sea posible. Es cierto que parte de la doctrina tiende a considerar la protección diplomática como un mecanismo por el que el Estado actúa como representante de un nacional suyo que tiene un interés jurídicamente protegido (párr. 68). Pero esa no es la actitud de las cancillerías en su labor diaria. Por ello el Grupo de Trabajo ha concluido con acierto que la Comisión debe basar su labor sobre la protección diplomática en el derecho consuetudinario. La protección diplomática es y debe seguir siendo un derecho del Estado, con todas las consecuencias que ello entraña. La compleja e interesante cuestión de las relaciones entre la protección diplomática y la protección internacional de los derechos humanos, planteada en los párrafos 83 a 91, debe examinarse desde esa perspectiva. El ejercicio de la protección diplomática seguirá siendo un derecho del Estado, mientras que los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos deben ocuparse de los derechos individuales. Los dos mecanismos deben permanecer separados aunque sus fines coincidan parcialmente. La Comisión debe centrarse en la protección diplomática y no prejuzgar cuestiones relativas a la protección internacional de los derechos humanos y debe evitar, por ejemplo, la cuestión de si el requisito de agotar los recursos internos incluye los que ofrezcan los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

69. La Comisión ha decidido abordar la cuestión de la protección diplomática en general, incluida la protección de sociedades civiles o mercantiles además de individuos. Suiza ya ha puesto de relieve los riesgos de ese planteamiento, que dificultaría la codificación. Habría preferido que se evitara ese aspecto de la cuestión, pero la Comisión no parece compartir esa preferencia. Sin embargo, sería prudente que la Comisión limitara la primera parte de sus trabajos a los aspectos generales de la cuestión y a la protección de las personas naturales, temas en que la codificación no sería difícil. La protección de sociedades civiles o mercantiles podría abordarse más adelante. Esta solución tendría la ventaja de asegurar que las normas relativas a las personas naturales se codificaran sin el inconveniente de las controversias que suscita la protección de las sociedades civiles y mercantiles, que puedan frenar toda la labor relativa a la protección diplomática.

Tema 154 del programa: Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización (*continuación*) (A/C.6/53/L.2)

Proyecto de decisión sobre el informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización (A/C.6/53/L.2)

70. El **Presidente** cree entender que la Comisión desea aprobar el proyecto de decisión A/C.6/53/L.2.

71. *Así queda acordado.*

Se levanta la sesión a las 12.10 horas.