



Asamblea General

Quincuagésimo octavo período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
12 de noviembre de 2003

Original: español

Sexta Comisión

Acta resumida de la 18ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el jueves 30 de octubre de 2003, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Baja (Filipinas)

Sumario

Tema 152 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones (*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.

03-58811 (S)



Se declara abierta la sesión a las 10.08 horas.

Tema 152 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 55° período de sesiones (A/58/10)

1. **El Sr. Tavares** (Portugal) dice que su país sigue siendo partidario de que los proyectos de artículo abarquen la protección diplomática de los miembros de las tripulaciones de los buques. El Estado del pabellón debería tener derecho a proteger a los miembros de la tripulación de un buque en caso de que el Estado de nacionalidad no pueda ejercer ese derecho.

2. En principio, las organizaciones internacionales deberían estar facultadas para ejercer la protección diplomática en relación con los nacionales por ellas empleados. Sin embargo, es preciso establecer quién debería tener la prioridad para ejercer este derecho, si la organización internacional o el Estado de nacionalidad de la persona en cuestión. Un criterio posible sería que la persona empleada por una organización internacional tuviera un vínculo permanente con la organización, en condición de funcionario internacional. En este caso, la delegación de Portugal piensa que el derecho primordial de protección de la persona correspondería a la organización, y sólo en términos subsidiarios al Estado de nacionalidad. Por otra parte, hay que ver si este argumento es aplicable a todas las organizaciones internacionales o sólo a las que posean una personalidad jurídica internacional objetiva distinta de la de los Estados miembros, y si el instrumento constitutivo atribuye a la organización sus propias facultades.

3. Portugal insiste en la conveniencia de estudiar la cuestión de la protección diplomática en el caso de un Estado o una organización internacional que administre un territorio o Estado extranjero, y determinar en particular quién ejerce la protección diplomática de las personas que sufren lesiones en el extranjero, o contra quién puede el Estado de nacionalidad ejercer su derecho de protección diplomática en el caso de extranjeros que sufran lesiones en los territorios o Estados extranjeros administrados. Si bien el tema de la protección diplomática es más que nada un asunto de codificación, su evolución merece un examen más detenido.

4. En lo relativo a la protección diplomática de los apátridas y refugiados (artículo 7), Portugal sigue considerando que la exigencia de que la persona tenga residencia legal y habitual determina un umbral demasiado y podría privar de protección eficaz a esas personas.

La CDI debería examinar adecuadamente esta cuestión en su segunda lectura de los proyectos de artículo.

5. El tema de la responsabilidad internacional plantea cuestiones importantes, relativas al papel del explotador y del Estado con respecto a la pérdida, la posibilidad de limitar la responsabilidad (*liability*) y de recurrir al seguro y a los fondos para complementar la indemnización cuando resulte necesario, y la forma final que han de asumir los trabajos sobre este tema, que, en opinión del orador, debe plasmarse en un conjunto de proyectos de artículo que completen los que ya se hayan aprobado sobre la prevención.

6. En lo referente a la asignación de la pérdida, la CDI debería redactar un articulado que regulase los siguientes temas: la definición de pérdida, actividad peligrosa y explotador; el principio general de que los Estados y las personas bajo su jurisdicción no deberían asumir las pérdidas resultantes de un accidente causado por una actividad peligrosa que no tenga lugar en su territorio y con la cual no tengan relación alguna; la necesidad de que los explotadores que realicen actividades peligrosas sean responsables de las pérdidas causadas por sus actividades, prevean la posibilidad de un accidente y estén preparados a aplicar un cierto número de medidas si ocurre el accidente; el principio de la responsabilidad (*liability*) subsidiaria del Estado; la posibilidad de limitar la responsabilidad del explotador; la necesidad de contratar un seguro y prever fondos para la indemnización suplementaria; la necesidad de establecer recursos adecuados para los que sufren el daño, y, por último, la inclusión de todos los tipos de daño, incluidos los daños al medio ambiente.

7. **El Sr. Mathias** (Estados Unidos) dice que en el tema del ejercicio de la protección diplomática con respecto a los miembros de las tripulaciones de los buques no hay un derecho consuetudinario internacional establecido. De hecho, algunos de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente o remitidos al Comité de Redacción no se basan en el derecho consuetudinario internacional. Si bien los Estados Unidos están dispuestos a considerar el desarrollo progresivo del derecho con respecto a algunas de estas cuestiones —por ejemplo el tema de la protección de los apátridas y refugiados que se aborda en el proyecto de artículo 7— la CDI debería circunscribir su labor sobre la codificación diplomática al derecho consuetudinario internacional, razón por la cual la cuestión de la protección de los miembros no nacionales de las tripulaciones se debería omitir del proyecto.

8. La regla de la continuidad de la nacionalidad exige que la persona lesionada sea nacional del Estado reclamante en forma continua desde el momento de la lesión hasta la fecha de la resolución. El proyecto de artículo 4 se desvía de esa regla del derecho consuetudinario internacional en dos aspectos importantes. En primer lugar, el término del requisito de la continuidad pasa de la fecha en que se resuelva la reclamación a la fecha en que se presente. En segundo lugar, no se determina si el requisito de continuidad permanece en vigor durante el período transcurrido entre la lesión y la fecha final, ya sea ésta la fecha de presentación o la de resolución. Los Estados Unidos no creen que se haya argumentado de manera convincente esta desviación del derecho consuetudinario internacional. La CDI debería modificar el proyecto de artículo 4, así como el 6, el 7 y el 20 (que repiten sus mismos defectos) para ajustarlos al derecho consuetudinario internacional, y lo propio cabe decir del tratamiento de la protección diplomática de los accionistas: un Estado sólo podría ejercer protección diplomática de accionistas cuando éstos sufren pérdidas directas no recuperadas.

9. Los proyectos de artículo sobre la norma del agotamiento de los recursos internos tampoco parecen ajustarse estrictamente al derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, un Estado sólo tiene derecho a ejercer la protección diplomática después de que la persona lesionada haya agotado todos los recursos disponibles en el Estado que causa la lesión. Por lo tanto, una persona lesionada puede recurrir cualquier fallo de tribunal judicial o administrativo hasta que ya no sea posible presentar más recursos. En el proyecto de artículo 8 se propone consagrar esta norma, pero se recurre a una definición demasiado limitada de los “recursos internos”, según la cual una persona lesionada sólo podría interponer los recursos disponibles “de derecho”. Esta definición se desvía de la norma de derecho consuetudinario internacional que exige que la persona lesionada interponga todos los recursos posibles, incluidos los disponibles sólo a discreción del tribunal judicial o administrativo de más alto nivel.

10. El requisito del agotamiento de los recursos internos está sujeto a determinadas excepciones, que la CDI aborda en el proyecto de artículo 10. Los Estados Unidos dudan de que la norma de la excepción de la inutilidad, estipulada en el párrafo a) del artículo 10, se ajuste estrictamente al derecho consuetudinario. En cuanto a las dos excepciones del párrafo c), la primera no expresa adecuadamente la excepción en virtud del

derecho consuetudinario que se examina en el comentario, y la segunda es imprecisa y demasiado amplia.

11. El tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional plantea cuestiones jurídicas muy complejas que sólo se pueden resolver en el contexto de sectores y actividades específicos. Los Estados deberían tener suficiente flexibilidad para elaborar regímenes de responsabilidad (*liability*) que se adecuen a sus necesidades particulares.

12. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que “los Estados tienen la obligación de cerciorarse de que exista algún tipo de disposición que garantice una asignación equitativa de la pérdida”. El Relator Especial no ha señalado cuál es el fundamento jurídico de su conclusión; sin definir claramente los detalles de esa presunta “obligación”, el Relator Especial da a entender que se podría cumplir negociando un convenio sobre la responsabilidad, promulgando medidas internas, o por otros medios, dependiendo de las circunstancias. Si bien los Estados no deben dejar de prever la responsabilidad de los particulares cuando corresponda, no existe obligación jurídica internacional de hacerlo.

13. La reglamentación internacional en el ámbito de la responsabilidad debe ir precedida de detalladas negociaciones sobre determinados temas (como la contaminación por hidrocarburos o desechos peligrosos) o regiones (como los daños medioambientales en la Antártida).

14. El orador espera que la CDI no adopte la recomendación del Relator Especial de que se incluya un protocolo de responsabilidad en un convenio sobre la prevención. Los Estados Unidos no apoyan el desarrollo de un régimen jurídico internacional general sobre la responsabilidad y tampoco creen que los otros Estados tengan mucho interés en hacerlo.

15. **El Sr. Liu Zhenmin** (China) considera apropiado el enfoque de la CDI consistente en codificar el derecho consuetudinario, que se puso de manifiesto en la aprobación provisional de tres proyectos de artículo en el período de sesiones en curso. En principio, China está a favor de esos proyectos de artículo.

16. Con respecto a las cuatro excepciones a los recursos internos previstas en el artículo 10, China desea puntualizar lo siguiente: a) en primer lugar, se debe suponer que el sistema judicial de todo Estado es capaz de proporcionar recursos jurídicos razonables, y que no

debería existir prejuicio subjetivo alguno que niegue la justicia y la eficacia de los recursos jurídicos del Estado que causa la lesión. La determinación de la posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz se debe basar principalmente en la existencia de violaciones claras y graves del derecho interno de resultados de la aplicación efectiva de los recursos internos; la carga de la prueba recae en el Estado que desea ejercer la protección diplomática; b) la ausencia de un vínculo voluntario entre la persona lesionada y el Estado en que ocurrió la lesión puede constituir una excepción, aunque, si las circunstancias hacen que se descarte la aplicación del principio de protección diplomática de conformidad con el derecho internacional pertinente, no existirá justificación alguna para la excepción del vínculo voluntario. Por ejemplo, cuando un acto de un Estado constituye una violación directa de los derechos internacionales de otro Estado, o si se producen daños transfronterizos a consecuencia de actos no prohibidos por el derecho internacional, el Estado lesionado podrá intentar resolver el asunto directamente con el Estado responsable y no por la aplicación del principio de protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos; c) en el apartado c) del artículo 10 aparece la frase "... las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos ...". Esta disposición, si bien ofrece al tribunal que conoce del caso el beneficio de una sentencia discrecional, conlleva la posibilidad de una expansión arbitraria en la aplicación de las excepciones. El arreglo pacífico de una controversia entre partes no debe seguir necesariamente una vía judicial. La invocación arbitraria de excepciones por parte de los Estados en el arreglo bilateral de controversias dificultará la aplicación eficaz de la regla de los recursos internos. Dado que el criterio consistente en ofrecer una posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz es de por sí bastante amplio, no deberían agregarse más elementos de incertidumbre. Por lo tanto, China propone suprimir la parte del inciso c) del artículo 10 a que se hace referencia, y d) la renuncia del Estado responsable al requisito de agotamiento de los recursos internos puede constituir una excepción. Sin embargo, es conveniente que dicha renuncia se haga por medio de un acto explícito.

17. Con respecto a la cuestión de la protección diplomática de las sociedades como personas jurídicas, los intereses de la sociedad merecen la misma defensa que los del Estado anfitrión. China está a favor del principio establecido en el fallo en el caso *Barcelona Traction* como fundamento básico para el ejercicio de

la protección diplomática con respecto a las sociedades. El derecho a ejercer la protección diplomática debería corresponder exclusivamente al Estado de nacionalidad de la sociedad; por regla general, el Estado de nacionalidad de los accionistas no tiene derecho a conceder a éstos protección diplomática. Para determinar el Estado de nacionalidad de una sociedad se debe tener presente la práctica internacional y el enfoque adoptado mayoritariamente por los Estados nacionales. El proyecto de artículo 17 preparado por el Relator Especial es básicamente aceptable. Dado que el derecho interno generalmente estipula las condiciones para la constitución de la sociedad dentro de su territorio, el hecho de que una sociedad se haya constituido en un Estado en virtud de sus leyes es, en efecto, suficiente para cumplir el requisito de la existencia de un vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado en cuestión. Si por razones económicas un inversionista opta por establecer una sociedad en un Estado que no reúne requisitos suficientes para la constitución de una sociedad, a él le corresponderá el riesgo exclusivo de perder la protección diplomática resultante de la ausencia de un vínculo efectivo entre la sociedad y su Estado de nacionalidad. Por eso es preferible tratar al Estado de constitución y al lugar del domicilio social como el Estado de nacionalidad de una sociedad; no es necesario adoptar otros criterios como el de "vínculo efectivo" o "vínculo adecuado".

18. En cuanto al apartado a) del artículo 18, la fórmula "ha dejado de existir" hace referencia al cese de la condición de persona jurídica de la sociedad, y no a su parálisis *de facto*, crisis financiera, cese de actividades comerciales o incluso liquidación. Tal como se señala en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, solamente deberían tenerse en cuenta los cambios en su situación jurídica. Esta excepción se debe alinear con el principio de la continuidad de la nacionalidad, que se enuncia en el artículo 20. En el actual proyecto del Relator Especial, es probable que el apartado a) del artículo 18 y el artículo 20 den lugar a una situación en la cual tanto el Estado de nacionalidad de una sociedad como el Estado de nacionalidad de los accionistas de la sociedad tengan derecho a ejercer la protección diplomática. El Relator Especial no cree que esta situación plantee problemas. China considera por el contrario que en ese caso el Estado de nacionalidad de los accionistas podría acordar protección diplomática a sus accionistas, mientras que el Estado de nacionalidad de la sociedad podría hacer lo mismo con respecto a la sociedad, con lo que el Estado anfitrión se

vería ante dos controversias diferentes resultantes de la misma lesión. Esta situación complicaría sin duda la resolución de la controversia y supondría una carga adicional para el Estado anfitrión. La CDI debe evitar las situaciones en las cuales múltiples Estados invocan el derecho a la protección diplomática con respecto a la misma lesión, y ha de reconsiderar este problema. Para evitar discrepancias, en el apartado a) del artículo 18, convendría reemplazar la frase “lugar de su constitución” por “el Estado de su constitución”.

19. El apartado b) del artículo 18 no puede interpretarse en el sentido de que el Estado de nacionalidad de los accionistas extranjeros pondrá en marcha automáticamente el procedimiento de protección diplomática cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad haya infringido los derechos de ésta. La protección diplomática del Estado de nacionalidad de los accionistas extranjeros sólo puede ejercerse cuando el intento de la sociedad de hacer valer sus derechos para obtener una reparación de su Estado de nacionalidad haya fracasado debido a una violación grave de la ley por parte de dicho Estado. En esas circunstancias, los accionistas extranjeros deberán agotar primero los recursos internos y, sólo cuando se les haya denegado esa vía se permitirá la intervención de su Estado de nacionalidad para ejercer la protección diplomática.

20. Sobre la excepción que figura en el artículo 19, la protección de los accionistas por su Estado de nacionalidad en caso de vulneración directa de sus derechos constituye el ejercicio de protección diplomática de las personas físicas. De conformidad con las normas en la materia, la protección diplomática no presenta problemas en dichos casos.

21. Las disposiciones del artículo 21, relativo a la *lex specialis*, deberían hacerse extensivas a todos los proyectos de artículos sobre la protección diplomática de las personas jurídicas y físicas por igual. Hay muchos regímenes de *lex specialis* que resultan pertinentes para la protección diplomática. Por regla general, a efectos de aplicación es fundamental dar una prioridad clara a las normas de *lex specialis*, como los acuerdos bilaterales sobre protección de las inversiones.

22. En lo relativo al artículo 22, la aplicación *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas de las disposiciones sobre el ejercicio de la protección diplomática de las sociedades crearía graves problemas. En la vida real, las circunstancias concretas de otras personas jurídicas varían enormemente dada la gran variedad de

organizaciones, instituciones y entidades englobadas en esa categoría. Esas entidades no sólo son diferentes entre sí, sino que son muy distintas también de las sociedades; además, sus relaciones con el Estado de protección no son fáciles de establecer de manera uniforme y, aunque realizan también intercambios internacionales a gran escala, los Estados nacionales rara vez les otorgan protección diplomática. En ese ámbito apenas existe jurisprudencia firme en qué basarse, por lo que la insistencia en la aplicación *mutatis mutandis* de esos principios puede crear nuevas dificultades y producir una gran incertidumbre política. Por consiguiente, la delegación de China propone que se suprima ese artículo.

23. **El Sr. Abraham** (Francia) señala, en relación con los proyectos de artículo aprobados por la Comisión en su 55º período de sesiones, que en el artículo 8 se hace referencia al artículo 7, cuya conformidad a derecho ya había sido impugnada por la delegación de Francia. El principio por el que un Estado podría ejercer su protección diplomática con respecto a apátridas o refugiados no está fundamentado en la práctica, contraviene el Anexo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y no tiene fundamento en la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961. A excepción de esa importante reserva, el artículo 8 enuncia adecuadamente la norma consuetudinaria del agotamiento de los recursos internos: sólo se hace referencia a los recursos judiciales o administrativos basados en el derecho, y se excluyen principalmente los recursos a título de gracia, aunque habría que determinar si debe agotarse el recurso a una jurisdicción que no tiene carácter nacional, pero que es accesible a todos los nacionales del Estado, para que el Estado pueda ejercer la protección diplomática.

24. El artículo 9 estipula que se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación se funde “predominantemente” en un perjuicio causado a un nacional. Sin embargo, la Comisión no especifica qué factores permiten calibrar la predominancia del perjuicio mediato. Un análisis de la jurisprudencia permitiría extraer los elementos de evaluación importantes a este respecto.

25. El apartado b) del artículo 10 estipula que los recursos internos no habrán de agotarse cuando en su tramitación exista “dilación indebida”, pero la dilación sólo debería tenerse en cuenta cuando sea equiparable a una denegación de justicia. Respecto del apartado c), la segunda excepción prevista presenta dificultades,

ya que el alcance de la norma general se vería gravemente afectado si, para lograr una exención, bastara con invocar el carácter “no razonable” del agotamiento de los recursos internos en las circunstancias de cada caso. La existencia de dificultades extraordinarias debería ser la única excepción permitida de la condición principal del agotamiento. Por consiguiente, la Comisión debería recordar en el comentario la pertinencia del principio *ad impossibilia nemo tenetur*.

26. En el segundo párrafo del artículo 17 se aborda la delicada cuestión de la determinación del Estado de nacionalidad de una sociedad. Es preferible mantener conjuntamente el criterio del lugar en que se ha constituido la sociedad y donde ésta tiene su domicilio social. Esa fórmula no limitaría notablemente el ejercicio de la protección diplomática, dado que en la práctica las sociedades suelen fijar su domicilio en el Estado en que se han constituido, y la combinación de ambos criterios podría servir para limitar las facilidades de protección que buscan las sociedades cuando se constituyen en paraísos fiscales. La elección de una fórmula más flexible, en que figure el lugar de constitución o el del domicilio social, podría fomentar el fenómeno de la doble protección. No obstante, la adopción de ambos criterios tendría el inconveniente de que una sociedad que hubiera fijado su domicilio en un Estado distinto al de su constitución quedaría sin posibilidad de protección. Para subsanar esta laguna, la Comisión podría indicar que deberían tenerse en cuenta, a título subsidiario, los vínculos efectivos existentes entre la sociedad y el Estado en que se ha constituido y aquél en el que tiene su domicilio. En ese caso, el Estado de nacionalidad sería aquel con el que la sociedad tiene el vínculo más estrecho. Ahora bien, el criterio del vínculo efectivo, considerado de forma aislada o a título principal, volvería a introducir elementos de evaluación relativos al control económico de la sociedad y a la composición de su accionariado, con lo que existiría el riesgo de que la protección diplomática de las sociedades no fuese más que un pretexto para proteger a sus accionistas.

27. El apartado a) del artículo 18 y el artículo 20 comportan el mismo riesgo de competencia en la protección de las sociedades y de los accionistas, por lo que la delegación de Francia presentará observaciones por escrito al respecto a la secretaría de la Comisión. El apartado b) del artículo 18 plantea un problema importante, ya que dispone que el Estado de nacionalidad de los accionistas podrá ejercer la protección diplomática de éstos si la sociedad tiene la nacionalidad del

Estado responsable del perjuicio que le ha sido causado. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte no ratificó esa tesis pero la evocó sucintamente apelando a consideraciones de equidad. Desde el punto de vista del derecho internacional general, esa solución pondría en entredicho uno de los fundamentos más sólidos de la protección diplomática, que exige distinguir entre los derechos de la sociedad, susceptibles de ser protegidos, y los intereses de los accionistas, que no lo son. En otras palabras, la excepción propuesta afectaría a la esencia misma del régimen de la protección diplomática de las sociedades. Por otro lado, la excepción ha dejado de ser admisible en aras de la equidad, ya que en el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte dictaminó que la posibilidad ofrecida al Estado de nacionalidad de los accionistas crearía un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales y podría romper el equilibrio entre las ventajas que puede obtener el accionista en el extranjero y el riesgo que corre al participar en el capital de una sociedad que no tiene su nacionalidad.

28. El artículo 21 debería aplicarse al conjunto del proyecto de artículos, ya que no existe ninguna razón válida para limitar a la protección diplomática de las sociedades la cláusula de codificación clásica que preserva la *lex specialis*. La redacción del artículo 21 podría inspirarse en el artículo 55 del texto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con lo que se indicaría que el proyecto de artículos no se aplicará “en el caso y en la medida en que la protección de las personas se rija por normas especiales de derecho internacional”.

29. El artículo 22 plantea el problema de si las personas jurídicas que no sean sociedades pueden gozar de protección diplomática. Si bien no existe ninguna razón de principio para determinar lo contrario, la práctica de los Estados está demasiado fragmentada para que sea posible elaborar normas precisas al respecto. Además, no se puede afirmar que el régimen de la protección diplomática de todas las personas jurídicas deba ajustarse al de las sociedades. Por consiguiente, el artículo 22 debería reemplazarse por una cláusula en la parte general del proyecto que indicara que esas disposiciones se entienden sin perjuicio del ejercicio de la protección diplomática, cuando se cause un perjuicio a una persona jurídica que no sea una sociedad.

30. **El Sr. Wickremasinghe** (Reino Unido) apoya la decisión del Relator Especial de basar sus recomendaciones en la sentencia de la Corte Internacional de

Justicia en la causa de la *Barcelona Traction*. En relación con la nacionalidad de las sociedades, ésta debe determinarse por el lugar en que se ha constituido la sociedad, ya que ese criterio no da lugar a ambigüedades y resulta fácil de aplicar en la práctica. Resulta preocupante pues que el texto del artículo 17 exija un vínculo adicional entre una sociedad víctima de un perjuicio y el Estado que la protege. No existe fundamento para esa condición adicional y, además, la redacción propuesta no ofrece una base clara que justifique un desvío de la legislación existente.

31. Los artículos 18 y 19 establecen las circunstancias excepcionales en las que el Estado de nacionalidad de los accionistas puede ejercer la protección diplomática en nombre de éstos. Según esas normas, los accionistas pueden tener nacionalidades diferentes, lo que posibilitaría que más de un Estado ejerciese la protección. En los casos en que el Reino Unido esté facultado para hacer esas reclamaciones, intentará hacerlo en concierto con otros Estados pertinentes, más como una cuestión de práctica que de derecho estricto, y, cuando no se cumpla la condición de la continuidad de la nacionalidad estipulada en el artículo 20, las normas sobre reclamaciones del Reino Unido ofrecen la posibilidad de aceptar una reclamación de consuno con el Estado de nacionalidad anterior o subsiguiente.

32. Respecto del debate sobre el artículo 21, la delegación del Reino Unido toma nota de los motivos para suprimir la propuesta, aunque preferiría que se introdujera al final del proyecto de artículos una cláusula general de excepción en relación con los regímenes especiales, ya que esa cuestión debería formularse de modo explícito y no limitarse a los comentarios. Esta observación puede responder a la pregunta hecha por la Comisión en el párrafo 28 de su informe acerca de la protección de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón. En ese sentido debería tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la causa *Saiga (No. 2)*. En cuanto a la pregunta sobre la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental, se trata de una protección funcional que no forma parte del tema que se está tratando.

33. En relación con la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, hay que encomiar la labor realizada por el Relator Especial en su informe, aunque es preciso seguir trabajando para determinar el nivel de éxito o fracaso de los instrumentos regionales

y sectoriales existentes y los motivos de dicho éxito o fracaso. Las conclusiones del Relator Especial, que figuran en el párrafo 174 del informe, constituyen una base sólida para seguir examinando la cuestión y pueden ayudar a los Estados a establecer principios relevantes si la Comisión explora casos prácticos en que se puedan aplicar los trabajos en la materia.

34. En el párrafo 30 del informe la Comisión solicita a los gobiernos que aporten comentarios y observaciones sobre distintos puntos. El Reino Unido aún está sopesando su respuesta, pero antes de contestar a algunas cuestiones más detalladas sobre temas sustantivos, sería muy útil que los Estados dispusieran de un análisis de las ventajas e inconvenientes de los arreglos regionales y sectoriales existentes. En cuanto a la forma definitiva de los trabajos en la materia, no es seguro que en esta etapa una convención o un instrumento jurídicamente vinculante sea la opción más conveniente: un estudio sobre la legislación existente en ese ámbito, con un conjunto de recomendaciones flexibles, sería un objetivo más realista y factible y el primer informe del Relator Especial constituye un paso significativo en esa dirección.

35. En lo tocante a los actos unilaterales, existen dudas sobre la base misma del tema y la delegación del Reino Unido se suma a otras delegaciones que han pedido que se le retire del programa de la Comisión. En cuanto a las reservas, el Reino Unido no piensa hacer ninguna observación sobre la definición de las objeciones hasta que tenga una idea más clara de las propuestas sustantivas de la Comisión al respecto.

36. **El Sr. Prandler** (Hungría) señala que el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional está estrechamente relacionado con algunos intereses fundamentales de su país, que en varias ocasiones ha sufrido la contaminación de sus ríos por la actividad de industrias situadas fuera de sus fronteras. Por consiguiente, Hungría acogió con satisfacción la aprobación en 2001 del texto definitivo del preámbulo y los 19 proyectos de artículo sobre la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas y ha señalado a la atención de la Sexta Comisión y de la CDI diversas convenciones en la materia en que se reconoce el principio de “quien contamina paga”.

37. La delegación de Hungría está de acuerdo con las consideraciones de principio que figuran en el párrafo 169 del informe de la CDI y con la mayoría de las

conclusiones del Relator Especial. Sin embargo, comparte las inquietudes expresadas por otras delegaciones en relación con el título del informe del Relator Especial, “Régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, por entender que sería más apropiado hablar del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad en caso de pérdida resultante de daños transfronterizos. Cabe destacar al respecto la afirmación del delegado de Austria, según la cual el objetivo de los regímenes de responsabilidad no es la asignación de la pérdida sino la asignación del deber de pagar una indemnización por los daños resultantes de actos no prohibidos por el derecho internacional. La responsabilidad principal debe recaer en el explotador, con un régimen estricto de responsabilidad respaldado por la cobertura del seguro y “el respaldo del gobierno”, como afirmó la delegación de Nueva Zelanda.

38. Con la práctica de los Estados y la jurisprudencia correspondiente se ha establecido ya un régimen de principios y normas concretas claramente definidos acerca de la responsabilidad en caso de pérdida resultante de daños transfronterizos, que se ha incorporado en gran medida al derecho de los tratados y el derecho consuetudinario. En este sentido, hay que destacar la aprobación en 2003 del Protocolo de Kiev sobre la responsabilidad civil y la indemnización en caso de daños causados por los efectos transfronterizos de accidentes industriales en las aguas transfronterizas.

39. **El Sr. Ascencio** (México) dice que el estudio del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional refleja la expansión de los regímenes de responsabilidad y es un paso positivo en el progresivo enriquecimiento del derecho internacional ambiental. El trabajo de la CDI contribuirá a que los Estados cumplan los objetivos fijados en la Declaración de Río, en particular en su principio 13, que exhorta a los Estados a actuar con mayor determinación en el desarrollo del derecho internacional, en lo relativo a la responsabilidad y la indemnización. Por consiguiente, México respalda la opinión de los miembros de la Comisión de no volver a poner en tela de juicio la viabilidad del tema.

40. El orador expresa sus dudas sobre los términos “asignación de la pérdida” que aparecen en el título del informe, puesto que una de las funciones de todo régimen de responsabilidad es precisamente el componente de la indemnización por el daño y no la simple

distribución de la “pérdida”. Además, al hablar de “asignación de la pérdida”, la CDI parece apartarse del objetivo que persigue el principio de “quien contamina paga” y el relativo a que la víctima inocente no debe participar en la pérdida. México es partidario de que la CDI oriente sus trabajos a la elaboración de un régimen de carácter residual y general. La amplitud de la definición de “actividad peligrosa” contenida en la Convención de Lugano de 1993 demuestra la viabilidad de los regímenes generales. Asimismo, dada la unidad ecológica del planeta, que no coincide con sus fronteras políticas, es sumamente importante que la CDI estudie el tema de los daños a los espacios públicos internacionales.

41. México sostiene que, de conformidad con el principio de “quien contamina paga”, el explotador debe ser la persona o personas principalmente responsables. Cuando existan varios explotadores o el daño resulte de más de una actividad se podría establecer su responsabilidad solidaria. El concepto de “explotador” deberá ser lo más amplio posible para incorporar a todas aquellas personas que ejerzan el control de la actividad, tal como prevé el Protocolo de Basilea de 1999. Además, el Estado debería obligar a los explotadores a contar con seguros y otras garantías financieras adecuadas. México considera que el requisito de probar el nexo causal es un carga excesiva para las víctimas inocentes del daño y que el principio de “quien contamina paga” debería extenderse a aspectos procesales, de modo que la carga de la prueba del nexo causal entre la actividad y el daño no recaiga en la víctima inocente. Además, el proyecto debería incorporar la responsabilidad objetiva con sus tradicionales excepciones en caso de conflicto armado o de fenómenos naturales. En general, la práctica de los Estados en la celebración de tratados sobre regímenes de responsabilidad civil consiste en atribuir al explotador la responsabilidad objetiva cuando se utilizan sustancias peligrosas o se realizan actividades peligrosas. En consecuencia, la CDI debe tener en cuenta la naturaleza de las actividades tomando como referencia las que se regulan en los artículos sobre la prevención. Asimismo, deben establecerse límites con el fin de hacer viables los seguros y los mecanismos de financiación adicionales, así como límites temporales para exigir la responsabilidad.

42. Debería estudiarse el establecimiento de fondos de indemnización como los previstos para la contaminación del medio marino por hidrocarburos o la contaminación resultante del transporte de sustancias nocivas y peligrosas por mar. Esos fondos podrían sufragarse

con las contribuciones de las entidades que se beneficiarían directamente del desarrollo de la actividad en cuestión. El Estado, por su parte, podría asumir de forma subsidiaria la responsabilidad de la indemnización y debería elaborar regímenes destinados a resolver los problemas vinculados con los daños transfronterizos. También podría considerarse el esquema previsto en la Convención de Viena sobre indemnización suplementaria por daños nucleares. Todas estas cuestiones ponen de relieve la relación existente entre la responsabilidad y la prevención, a la luz de la cual debería evaluarse la relevancia de los regímenes regionales.

43. Por último, México considera que, tal vez más adelante, la CDI debería incluir en su estudio los aspectos relacionados con los daños al medio ambiente *per se* y, en cuanto a la forma del instrumento, manifiesta su preferencia por un convenio que incluya una parte sobre prevención y otra sobre responsabilidad, dada la estrecha relación que existe entre ambas cuestiones.

44. **El Sr. Candiotti** (Presidente de la Comisión de Derecho Internacional) presenta los capítulos VII y VIII del informe de la CDI, relativos a los actos unilaterales de los Estados y las reservas a los tratados. En cuanto al primero de estos temas, señala que su estudio ha formado parte del plan de trabajo de la CDI desde 1996 y que, desde entonces, ésta ha tropezado con dificultades para llegar a una clara conceptualización del tema, delimitar su alcance y acceder a la práctica de los Estados. El año anterior algunos miembros de la CDI y varios delegados ante la Sexta Comisión sugirieron al Relator Especial que se concentrara en el acto unilateral del reconocimiento de Estados, cuestión que éste examinó en su sexto informe.

45. El debate en la CDI ha puesto de manifiesto que persisten las principales dificultades sobre este tema. En lugar de un régimen general se optó por uno casuístico y las escasas referencias a la práctica de los Estados no ayudaron a la CDI a llegar a una conclusión acerca de la mejor manera de abordar la cuestión. En el seno de la CDI hubo discrepancias sobre si se debían formular normas comunes a todos los actos unilaterales o si el tema no se prestaba a la redacción de un articulado.

46. La CDI estableció un grupo de trabajo sobre este asunto, que examinó las cuestiones fundamentales del alcance, el enfoque y la metodología, y formuló una serie de recomendaciones que la CDI aceptó. En lo referente al alcance del tema, la CDI considera que el texto de compromiso preparado por el grupo de trabajo constituye una guía tanto para la labor futura del Relator

Especial como para sus propios debates. En ese sentido, la CDI decidió que por acto unilateral de un Estado se entendería toda declaración que manifieste la voluntad o el consentimiento mediante el cual ese Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional. En relación con esos actos unilaterales en sentido estricto, el estudio propondrá proyectos de artículos acompañados de comentarios. Asimismo, se examinará la práctica de los Estados en relación con los comportamientos que, en determinadas circunstancias, pueden crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional, similares a los de los actos unilaterales y, de ser procedente, se enunciarán directrices o recomendaciones.

47. En cuanto al método de trabajo, en primer lugar se recomendó al Relator Especial que su próximo informe consistiera en una exposición lo más completa posible de la práctica de los Estados respecto de los actos unilaterales, que debería comprender tanto las informaciones provenientes del autor del acto o del comportamiento como las reacciones de los demás Estados u otras partes interesadas. En segundo lugar, el material reunido empíricamente debería comprender los elementos que permitieran deducir tanto las normas aplicables a los actos unilaterales en sentido estricto, con miras a la redacción de un proyecto de artículos con los comentarios correspondientes, como las que podrían aplicarse a los comportamientos estatales que producen efectos similares. En tercer lugar, se consideró que una clasificación ordenada de la práctica de los Estados permitiría determinar cuáles son los motivos a que responde el acto o el comportamiento unilateral del Estado, cuáles son los criterios de validez del compromiso expreso o tácito del Estado, en particular, aunque no exclusivamente, los relativos a la competencia del órgano del que procede ese acto o ese comportamiento, y en qué circunstancias y bajo qué condiciones se puede modificar o retirar el compromiso unilateral. Por último, se recomendó al Relator Especial que en su próximo informe no especificara las normas jurídicas que podrían deducirse del material presentado, ya que tales normas serán objeto de informes ulteriores a fin de llegar a proyectos de artículo o a recomendaciones.

48. La CDI seguirá centrandó su atención en los actos unilaterales en sentido estricto. Sin embargo, se está considerando también la posibilidad de formular directrices o recomendaciones respecto de otros comportamientos de los Estados que puedan producir efectos

jurídicos similares a los de los actos unilaterales en sentido estricto. A ese respecto, el orador recuerda que la falta de información sobre la práctica de los Estados ha sido uno de los principales obstáculos que han impedido llevar adelante el estudio del tema de los actos unilaterales, por lo que pide una vez más a los gobiernos que proporcionen información sobre la práctica general relativa a los actos unilaterales y al comportamiento unilateral de los Estados.

49. En lo que respecta al tema de las “Reservas a los tratados”, la CDI aprobó 11 proyectos de directrices (con tres cláusulas tipo) relativas al retiro y la modificación de las reservas. Se examinó asimismo el octavo informe del Relator Especial relativo al retiro y la modificación de las reservas y declaraciones interpretativas. La CDI ha remitido al comité de redacción cinco proyectos de directriz sobre estos asuntos. Antes de presentar los 11 nuevos proyectos de directriz aprobados por la CDI, el orador señala a la atención de los delegados la nota explicativa de la Guía de la práctica que figura en el párrafo 367 del informe, en la que se hace referencia a la utilización de cláusulas tipo; estas cláusulas obedecen al propósito de dar a los Estados y las organizaciones internacionales ejemplos de disposiciones que sería útil incluir en el texto del tratado, a fin de evitar la incertidumbre a que puede dar lugar el silencio respecto de un problema concreto relativo a la reserva.

50. Las 11 directrices aprobadas por la CDI en su reciente período de sesiones se refieren al retiro y modificación de las reservas y de las declaraciones interpretativas. El proyecto de directriz 2.5.1 se titula “Retiro de las reservas” y señala que 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. Esta directriz reproduce el texto del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. En consecuencia, el retiro de una reserva es un acto unilateral que nunca ha planteado ningún problema particular. Algunos miembros de la CDI expresaron su preocupación por las dificultades a que podía dar lugar el repentino retiro de una reserva y sugirieron que tal vez fuese prudente incluir en el tratado una disposición que limitara el período en que se tiene derecho a retirar reservas.

51. El proyecto de directriz 2.5.2, “Forma del retiro”, reproduce el texto del párrafo 4 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El retiro de una reserva nunca puede ser tácito. Sólo hay retiro si el autor de la reserva declara formalmente y por escrito que tiene la intención de dejarla sin efecto. Por otra parte, la circunstancia de no confirmar una reserva hecha en el momento de la firma, por la cual el Estado expresa su consentimiento en obligarse, no puede interpretarse como retiro de la reserva: ésta puede haberse formulado pero, por falta de confirmación formal, no haberse “hecho” ni “establecido”.

52. El proyecto de directriz 2.5.3 se titula “Reexamen periódico de la utilidad de las reservas” y recomienda un examen periódico por los Estados o las organizaciones internacionales de las reservas que hayan formulado, para retirar aquéllas que no respondan a la finalidad con la que fueron hechas.

53. El proyecto de directriz 2.5.4 se refiere a la “Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional”. En las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no se dice nada respecto del procedimiento para el retiro de las reservas, y esta directriz pretende subsanar esa omisión. A ese respecto, la CDI ha seguido muy de cerca lo dispuesto en el artículo 7 de las Convenciones de Viena. Cualquiera de las autoridades competentes para hacer una reserva en nombre de un Estado puede también retirarla. El texto del proyecto de directriz 2.5.4 aprobado transpone al retiro de la reserva el texto de la directriz 2.1.3, titulada “Formulación de una reserva en el plano internacional”, y mantiene la práctica habitual de las organizaciones internacionales como depositarias de los tratados.

54. El proyecto de directriz 2.5.5 se titula “Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas” y es el equivalente del proyecto de directriz 2.1.4, relativo a la “Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas”. Es útil que la Guía de la práctica tenga en cuenta si un Estado puede aducir que el retiro de una reserva no es válido porque infringe su derecho interno y en qué medida puede hacerlo. Las normas de esa índole rara vez están enunciadas en los textos oficiales de una institución o ni siquiera en los de carácter legislativo. De ahí que en este proyecto de directriz se prevea la falta de consecuencias de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas.

55. El proyecto de directriz 2.5.6 se refiere a la “Comunicación del retiro de reservas” e indica que el procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se ajustará a las normas aplicables respecto de la comunicación de las reservas enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7. Si bien las Convenciones de Viena no precisan el procedimiento aplicable para el retiro de una reserva, los trabajos preparatorios de la Convención de 1969 dan a entender que la notificación del retiro debe hacerla el depositario y que los receptores de esa notificación deben ser “todos los Estados” que sean partes en el tratado o tengan derecho a serlo y “los Estados interesados”. La Comisión prefirió simplemente remitirse a los proyectos de directriz 2.1.5 a 2.1.7, en lugar de repetirlos.

56. El proyecto de directriz 2.5.7 trata del “Efecto del retiro de una reserva” y señala que el retiro entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a las que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que hayan procedido al retiro de la reserva y todas las demás partes. El retiro de una reserva hace también que entre en vigor el tratado entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y el Estado o la organización internacional que había hecho una objeción a ella 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.

57. El proyecto de directriz 2.5.8 se titula “Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva” y reproduce el texto del encabezamiento y del párrafo 3 a) del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986. El retiro de una reserva sólo surtirá efectos respecto de un Estado contratante o de una organización internacional contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación. A fin de ayudar a los negociadores de los tratados, la CDI decidió incluir en la Guía de la práctica cláusulas tipo a las que se pudiese recurrir en caso de necesidad. Hay tres cláusulas tipo referidas a la directriz 2.5.8. La cláusula a) trata del aplazamiento de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva, la cláusula b) de la reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva y la cláusula c) de la libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva.

58. El proyecto de directriz 2.5.9 se titula “Casos en que el Estado o la organización internacional autora de la reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva” y especifica los

casos en que no es aplicable el párrafo 3 a) del artículo 22, no porque haya una excepción a él sino porque no apuntaba a ese fin.

59. Según el proyecto de directriz 2.5.10, “Retiro parcial de una reserva”, el retiro parcial 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 a la organización internacional que han procedido al retiro. La directriz tiene en cuenta una práctica de larga data que también ha sido recogida en diversas disposiciones de muchos tratados internacionales. La modificación de una reserva que tenga como consecuencia la reducción de su alcance debe quedar sujeta a las mismas reglas de forma y procedimiento que el retiro total, y surtir efecto en las mismas condiciones.

60. El proyecto de directriz 2.5.11 se refiere al “Efecto del retiro parcial de una reserva”. Una objeción hecha a una reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no la retire, siempre y cuando la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada. Además, no se podrá hacer una objeción a la reserva resultante del retiro parcial, a menos que ese retiro parcial tenga un efecto discriminatorio.

61. Por último, el orador invita a los gobiernos a formular observaciones sobre la cuestión de la definición propuesta de las objeciones a las reservas (proyecto de directriz 2.6.1). Una segunda cuestión se refiere al laudo de 1977 de un tribunal arbitral en la causa relativa al Mar de Iroise, en un litigio entre Francia y el Reino Unido por la delimitación de la plataforma continental. En el laudo el tribunal indicó que debía determinarse si, mediante una reacción negativa a una reserva, el Estado que hace un mero comentario se reserva simplemente su postura o rechaza la única reserva en cuestión, o bien si toda relación convencional con el Estado que hace la reserva depende de la intención del Estado interesado. Sería conveniente recibir observaciones de los gobiernos para determinar si el mencionado laudo refleja la práctica y, en su caso, si existen ejemplos claros de reacciones críticas a una reserva que, sin embargo, no puedan ser calificadas de objeciones. Sería útil también recibir observaciones sobre la cuestión de las ventajas e inconvenientes de motivar de modo preciso las objeciones a las reservas formuladas por Estados u organizaciones internacionales, así como sobre el proyecto de directriz 2.3.5, “Agravación del alcance en una reserva”.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.