



Asamblea General

Quincuagésimo octavo período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
8 de diciembre de 2003

Original: español

Sexta Comisión

Acta resumida de la 16ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el miércoles 29 de octubre de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sra. Ramoutar (Trinidad y Tabago)

más tarde: 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 DC2-766, 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.

03-58510 (S)



Se declara abierta la sesión a las 10.00 horas.

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

1. **El Sr. Ramadan** (Egipto) señala la complejidad del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, cuyas reglas deberían ser objeto de codificación. Estima que la referencia a las “reglas de la organización” ha de incluirse en el proyecto de artículos, pues estas reglas normalmente tienen la forma de un tratado y constituyen derecho internacional; en consecuencia, al violarlas se está violando el derecho internacional. El texto del proyecto de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales debe ser semejante al del artículo 2 de la Convención de Viena de 1986, a fin de conseguir una normalización y una codificación que no dejen margen para replantear cuestiones que ya han sido objeto de acuerdo.

2. El comportamiento de los miembros de fuerzas de mantenimiento de la paz es atribuible en principio a las Naciones Unidas, pero si el Estado lesionado demuestra, por todos los medios a su alcance, que la violación cometida por esos miembros ha constituido una infracción del mandato otorgado por las Naciones Unidas, el hecho debe atribuirse al país contribuyente.

3. En relación con el párrafo 1 del artículo 1, sobre el “ámbito del proyecto de artículos”, se debe definir una relación de causalidad entre el hecho ilícito perpetrado y el daño que se produjo. Según el párrafo 2 de este mismo artículo 1, relativo a la responsabilidad internacional de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional, es preciso que se den las condiciones para demostrar la responsabilidad del Estado o de la organización internacional como titulares de personalidad jurídica. Si la organización actuó con una voluntad independiente de la de los Estados Miembros, deberá considerarse responsable. En cambio, la responsabilidad recaerá en el Estado si se demuestra que actuó de mala fe y en función de intereses propios. En este caso el Estado lesionado deberá demostrar ante los tribunales tales circunstancias por todos los medios a su alcance.

4. El artículo 2, “Términos empleados”, hace referencia a la personalidad jurídica de la organización. Egipto estima que este requisito no es necesario, pues el elemento esencial es la voluntad independiente de la organización en relación con la de los Estados. En las

decisiones de las Naciones Unidas en las que se atribuye la responsabilidad a las organizaciones internacionales se ha tenido en cuenta que las reglas generales de la organización suelen ser textos convencionales que han sido codificados y forman parte del derecho internacional. Quienes sostienen que los tribunales nacionales pueden abordar la cuestión de la responsabilidad de una organización internacional deberían tener en cuenta lo que dijo la CDI, que la única referencia para las organizaciones internacionales es el derecho internacional. Por consiguiente, la CDI deberá estudiar y determinar si la Corte Internacional de Justicia es el tribunal competente para conocer de los asuntos relacionados con las Naciones Unidas y sus organismos especializados y otros órganos que forman parte del sistema. Si se estableciera la competencia de la Corte para dirimir los conflictos en un ámbito tan sensible del derecho, ello podría plantear otras cuestiones. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad se abstiene de tomar una decisión porque un Estado ha utilizado su derecho de veto, tal omisión podría considerarse una violación del derecho internacional, y el asunto debería llevarse ante la Corte. Ello podría acarrear consecuencias si el Estado lesionado alega que el veto se opuso por razón de intereses propios de un Estado, y lo demuestra. La cuestión de la competencia de la Corte en los asuntos relativos a las Naciones Unidas es importante, y las cuestiones pertinentes no pueden pasarse por alto o confiarse a los tribunales nacionales.

5. **El Sr. Masud** (Pakistán) dice que la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales es compleja, y coincide en la necesidad señalada por varias delegaciones de estudiar cabalmente la limitada jurisprudencia en la materia, así como la práctica. En relación con las disposiciones del proyecto del artículo 1, estima que el párrafo 1 es bastante aceptable. En cuanto al párrafo 2 son menester algunas aclaraciones: para asumir la responsabilidad por los hechos de una organización internacional, un Estado debe ser Estado Miembro, cosa a la que el párrafo no hace referencia. Por ello el orador propone que se utilice la expresión “un Estado Miembro” en lugar de “un Estado”.

6. El artículo 2 plantea la cuestión de la definición de organización internacional; en efecto, las organizaciones contempladas en el proyecto han de ser de índole intergubernamental. Algunas organizaciones tienen como miembros entidades que no son Estados; conviene pues determinar la responsabilidad de esas entidades, si

tienen personalidad jurídica, si pueden ser titulares de obligaciones internacionales, etc.

7. El texto del artículo 3, sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional, es adecuado. Hay que determinar si deben incluirse las “reglas de la organización” a modo de principio general, tal como define la Convención de Viena. Para ello deberá aclararse si las organizaciones internacionales tienen una personalidad jurídica limitada o plena. Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las organizaciones internacionales tienen una responsabilidad jurídica limitada, en la medida en que sus atribuciones son las que tenga a bien concederles el Estado; los límites vendrán determinados por los intereses comunes que han de depender por encargo de esos Estados.

8. La cuestión de la responsabilidad por los hechos de las fuerzas de mantenimiento de la paz no ha sido objeto de jurisprudencia, ya que la Carta de San Francisco no contiene disposiciones sobre dichas fuerzas ni prevé la posibilidad de que las Naciones Unidas puedan utilizar la fuerza contra Estados. Se han expresado opiniones discrepantes en cuanto a la competencia de los órganos de las Naciones Unidas para establecer estas fuerzas, y la obligación de los Estados de contribuir a esas operaciones. La falta de una disposición clara en la Carta hace difícil determinar si el comportamiento de los miembros de operaciones de mantenimiento de la paz puede atribuirse al Estado que aporta contingentes o a la Organización.

9. *El Sr. Baja (Filipinas) ocupa la Presidencia.*

10. **El Sr. Shi Jiuyong** (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que a la Sexta Comisión le corresponde la labor de más importancia y pertinencia para la Corte Internacional de Justicia. La Corte es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, y su función consiste en resolver las controversias que se le plantean, de conformidad con el derecho internacional. Por su parte, a la Sexta Comisión le compete el desarrollo del derecho internacional y su codificación: es evidente el vínculo entre ambas instituciones, en el marco de las Naciones Unidas. Dado que el trabajo de ambos órganos se orienta a un mismo fin, es obligatorio que se mantengan al corriente de sus actividades mutuas. El seguimiento de la labor de la Comisión se ve facilitado por sus comunicados de prensa y sus publicaciones; por su parte, el trabajo de la Corte es objeto de amplia publicidad y está accesible a todos en su

sitio Web, así como en sus informes anuales a la Asamblea General.

11. El programa de trabajo de la Sexta Comisión es amplio e intenso. Muchos de los temas que se han de tratar en el quincuagésimo octavo período de sesiones, como la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, el fortalecimiento del papel de las Naciones Unidas, el seguimiento de la Corte Penal Internacional, o el estudio de medidas para eliminar el terrorismo internacional, son de extremada importancia para la comunidad internacional y para el desarrollo del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia continuará prestando la máxima atención a la labor de la Sexta Comisión.

12. **El Sr. Isong** (Nigeria) en lo referente a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, dice que los artículos 1 a 3 aprobados provisionalmente y sus comentarios, así como la aclaración de los conceptos y los vínculos previstos con los artículos pertinentes sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos, han de facilitar los futuros debates e intercambios de ideas.

13. En cuanto a los proyectos de artículos 17 a 22 del Informe, el orador afirma que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática a raíz de un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado. Sin embargo, se deben prever las garantías adecuadas para las inversiones extranjeras, teniendo presentes los intereses de la sociedad inversora y de sus accionistas, independientemente de sus nacionalidades. A este respecto, Nigeria ha puesto en vigor un régimen de inversiones que, mediante la actividad de una serie de instituciones creadas con ese fin, tiene por objeto constituir un entorno estable y seguro que sea propicio para los inversionistas extranjeros, asegurando al mismo tiempo la prestación de servicios de calidad al país.

14. Nigeria tiene vivo el recuerdo del vertido, en 1988, de 40 a 50 toneladas de desechos industriales radiactivos en su territorio, que tan graves daños causó a la salud de la población y al medio ambiente. Debido a la ausencia de un instrumento jurídico internacional pertinente, el Gobierno nigeriano tuvo en ese momento dificultades para afrontar el problema. Por ello Nigeria acoge con satisfacción los trabajos relativos a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y en particular, la atención prestada a las definiciones e interpretaciones de

los términos “prevención”, “responsabilidad”, “indemnización” y “asignación de la pérdida”, así como los vínculos entre ellos. El detenido examen del régimen jurídico relativo a la asignación de la pérdida y el análisis de la responsabilidad en los diversos regímenes facilitarían sin duda la labor de la CDI.

15. Nigeria apoya la realización de un estudio para determinar en qué medida los desastres ambientales recientes fueron consecuencia del incumplimiento del deber de prevención. El vertido de todas las formas de desechos peligrosos sigue constituyendo una de las principales amenazas socioeconómicas y de seguridad a nivel mundial, especialmente en los países en desarrollo, y ello hace aún más necesario un estudio de ese tipo.

16. Es de celebrar la intención del Relator Especial de hacer un estudio de la práctica de los Estados con respecto a los usos y la gestión de los recursos naturales compartidos, que abarque la prevención de la contaminación y los casos de conflicto, así como las normas internas e internacionales. Por otra parte, Nigeria coincide en la necesidad de profundizar el estudio de los aspectos técnicos y jurídicos antes de adoptar una decisión definitiva al respecto. Nigeria pide a la CDI que tome nota de las necesidades técnicas de los países en desarrollo a fin de que puedan participar más eficazmente en los trabajos sobre este tema. El título del proyecto debe definirse sin ambigüedades, para aclarar el significado del término “compartidos”. Consciente de la importancia fundamental de este tema, Nigeria continúa examinando el informe y comunicará sus conclusiones más adelante a la CDI.

17. **El Sr. Candiotti** (Presidente de la Comisión de Derecho Internacional) dice que en el año en curso el Comité de Redacción ha centrado su actividad en los proyectos de artículos relacionados con el principio del agotamiento de los recursos internos; posteriormente la CDI, a propuesta del Comité de Redacción, ha aprobado los proyectos de artículos 8 10), 9 11) y 10 14), junto con los correspondientes comentarios.

18. El artículo 8 10), titulado “Agotamiento de los recursos internos”, codifica la norma de derecho internacional consuetudinario que prescribe el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta disposición debe leerse conjuntamente con el artículo 10 14), que define las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos. El párrafo 2 se ex-

presa necesariamente en términos generales, al referirse a los “recursos que de derecho puede interponer la persona lesionada ante los tribunales u órganos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales”. No fue posible dar una lista completa de los recursos, ya que pueden variar de un Estado a otro.

19. El artículo 9 11), titulado “Tipo de reclamaciones”, trata de la clasificación de las reclamaciones a los efectos de la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. Este artículo plasma en la práctica el principio de que la norma del agotamiento de los recursos internos sólo se aplica a los asuntos en los que el Estado que formula la reclamación ha sido perjudicado “indirectamente”, típicamente en la persona de un nacional suyo, y no es aplicable cuando el Estado reclamante es perjudicado “directamente” por el hecho ilícito de otro Estado. No obstante, cabe reconocer que no siempre está claro cuándo una reclamación es “directa” o “indirecta” y la CDI ha sopesado varios criterios posibles, inclinándose finalmente por el de la preponderancia. Por consiguiente, para que una reclamación sea de naturaleza “indirecta” tiene que fundarse “preponderantemente en un perjuicio causado a un nacional” o a otra persona con la que pueda ejercerse la protección diplomática al amparo del artículo 7 8) del proyecto. Además, esta disposición rige tanto para la presentación de reclamaciones internacionales como para las peticiones de sentencias declarativas.

20. El artículo 10 14) reconoce cuatro excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos: cuando los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz; cuando en la tramitación del recurso existe una dilación indebida atribuible al Estado presuntamente responsable; cuando no existe un vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable o las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos, y cuando el Estado presuntamente responsable ha renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.

21. A este respecto, cabe recordar que el año pasado esta cuestión fue objeto de un amplio debate, sobre todo en relación con el requisito del “vínculo voluntario”: finalmente se decidió no hacer referencia expresa al vínculo “voluntario” en el párrafo c), prefiriéndose una disposición más general que tratase del carácter razonable, al tiempo que se incluía una mención a la existencia de un “vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable”.

22. En cuanto a los proyectos de artículos 17 a 22, que se refieren a la protección diplomática de las personas jurídicas, la CDI los examinó y los remitió al Comité de Redacción. El debate sobre el proyecto de artículo 17, que reconoce el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un perjuicio a una sociedad que tiene la nacionalidad de ese Estado, se centró principalmente en el criterio para definir la “nacionalidad” de una sociedad. Se hicieron diversas sugerencias, a saber: la nacionalidad debía ser la del Estado en el que se haya constituido la sociedad, la del lugar en el que ésta tenga su domicilio social o la del lugar en que se encuentre su sede (*siege social*), o bien debía recurrirse al criterio del vínculo auténtico. Aunque el mencionado proyecto de artículo establece el principio básico de que corresponde al Estado de nacionalidad de la sociedad ejercer la protección diplomática, el Relator Especial propuso varias excepciones a esta regla en el proyecto de artículo 18, según el cual el Estado de nacionalidad de los accionistas podrá ejercer la protección diplomática cuando la sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución, o cuando tenga la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio que se le haya causado. La segunda excepción fue la más debatida en la CDI y hubo opiniones discrepantes, desde las que expresaron su preocupación por el hecho de que su inclusión sería muy controvertida y potencialmente desestabilizadora, hasta los que apoyaban los argumentos de política en favor de su inclusión.

23. El proyecto de artículo 19 contiene una cláusula de salvaguardia destinada a proteger a los accionistas cuyos derechos propios, en contraposición a los de la sociedad, hayan resultado lesionados por un hecho internacionalmente ilícito. El principio básico es que estos accionistas retienen el derecho independiente a interponer una demanda en tales casos, y por consiguiente reúnen las condiciones requeridas para beneficiarse de la protección diplomática por derecho propio. Este proyecto suscitó un consenso general en la CDI.

24. El proyecto de artículo 20 establece el principio de la continuidad de la nacionalidad en el contexto de la protección diplomática de las personas jurídicas, y es la contrapartida del artículo 4 9), aprobado en 2002, que trata de la misma cuestión en el contexto de las personas físicas. Esta disposición tampoco causó muchas dificultades a la CDI, y se remitió al Comité de Redacción en el entendimiento de que debía armonizarse con el artículo 4 9).

25. Una de las principales cuestiones planteadas en la CDI durante el debate sobre este tema fue el trato que debía darse a los instrumentos bilaterales existentes para la protección de las inversiones, una de cuyas características comunes es la exclusión de las reglas del derecho internacional consuetudinario relativas a la protección diplomática. El Relator Especial propuso que en el proyecto de artículo 21 se incluyera una disposición de *lex specialis* que estipulara claramente que los proyectos de artículos no se aplican al régimen especial previsto en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones. Este proyecto de artículo suscitó un amplio debate y la Comisión decidió finalmente que el Comité de Redacción le diese una nueva formulación, como cláusula “sin perjuicio de”, destinada a figurar al final del proyecto.

26. En lo que respecta al proyecto de artículo 22 el orador indica que, además de las sociedades, que son el ejemplo más común de persona jurídica que en el pasado ha gozado de protección diplomática, otras clases de personas jurídicas, constituidas con arreglo al derecho nacional, realizan actividades transfronterizas y pueden ser víctimas de un hecho internacionalmente ilícito. Como sería imposible que la Comisión dictase normas para todas y cada una de esas entidades, en el artículo 22 figura una cláusula *mutatis mutandis* que hace extensivas las normas aplicables a las sociedades a otras personas jurídicas.

27. Las delegaciones podrían considerar la posibilidad de comentar las cuestiones planteadas en el capítulo 3 del informe, relativas a la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón y la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental. El Relator Especial tiene el propósito de presentar en 2004 un informe final en el que se considerarán estas dos cuestiones, a fin de que pueda completarse la primera lectura en el mismo período de sesiones. Los gobiernos podrían comentar también otras cuestiones que merezcan ser estudiadas y no estén comprendidas en los proyectos de artículos.

28. En relación con el capítulo VI del informe, después de que en 2001 fueran aprobados los proyectos de artículos sobre la prevención de los daños fronterizos resultantes de actividades peligrosas, en 2002 la Comisión reanudó su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad (*liability*) y creó un grupo de trabajo que examinó sus bases teóricas y expuso algunos elementos iniciales al respecto. Al aprobar el

informe del grupo de trabajo, la Comisión respaldó las recomendaciones de que: a) se limitase el alcance del tema de la responsabilidad (*liability*) a las mismas actividades comprendidas en los proyectos o artículos sobre la prevención, es decir, a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible; b) se considerarse el daño causado por varias razones que no entrañan necesariamente la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos; c) se abordase el tema como una cuestión de asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervienen en la realización de las actividades peligrosas, y d) se incluyeran las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los elementos del patrimonio natural y los bienes del Estado, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

29. En el período de sesiones en curso, la Comisión ha examinado el primer informe del Relator Especial relativo al régimen jurídico para la asignación de la pérdida en caso de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas, según el cual: a) cada Estado debe tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que sea compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; b) la protección de tales derechos e intereses exige que se adopten medidas preventivas y, si no obstante se produce un perjuicio, medidas de reparación, y c) en la medida en que ello sea compatible con esos dos principios, no se debe permitir que la víctima inocente tenga que soportar la pérdida o el perjuicio. A juicio del Relator Especial, los proyectos de artículos sobre la prevención reflejan ya el primer objetivo y parte del segundo, pero ahora la Comisión debe poner en práctica los restantes elementos de principio. En ese sentido, hay que alentar a los Estados a celebrar acuerdos internacionales y promulgar las disposiciones legislativas pertinentes, así como a poner en práctica mecanismos que faciliten la aplicación de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluida la indemnización por las actividades que entrañen un daño transfronterizo sensible. Aunque en general todo régimen de responsabilidad (*liability*) e indemnización debe tener por objeto que, en la medida de lo posible, la víctima inocente no haya de soportar la pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de una actividad peligrosa, quizá no pueda otorgarse una indemnización íntegra en cada caso, dados los problemas relativos a la definición del daño, las dificultades de la prueba de la pérdida, dados los problemas de la ley aplicable, las limitaciones de la responsabilidad del explotador y las

limitaciones de que adolecen los mecanismos de la financiación contributiva y complementaria.

30. El informe pasa revista a los tratados y otros instrumentos sectoriales y regionales para la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo, y a este respecto se destacan los rasgos comunes de los distintos regímenes y se señala en especial que las cuestiones jurídicas derivadas de un régimen de responsabilidad civil son complejas y sólo pueden resolverse en el contexto de cada caso particular, y dependiendo de la jurisdicción en la que se ejercite la acción y de la ley aplicable. Además, aunque es posible negociar acuerdos convencionales específicos para determinar el régimen jurídico aplicable al desempeño de una actividad, el Relator Especial se abstuvo de deducir conclusiones generales del sistema de responsabilidad civil. Por último, el Relator Especial ha sometido varias propuestas a la consideración de la Comisión, que, de estimarse generalmente aceptables, podrían servir de base para la elaboración de textos más precisos.

31. En el curso del debate los miembros de la Comisión han expresado opiniones discrepantes sobre la viabilidad y el marco conceptual de este tema, así como sobre la terminología utilizada y las diversas cuestiones planteadas por el Relator Especial en su informe, incluido el alcance general del tema, el umbral de responsabilidad, la pertinencia de los regímenes de responsabilidad civil y los instrumentos analizados. Además, la Comisión hizo observaciones concretas sobre las conclusiones y propuestas del Relator Especial, incluida la naturaleza de un futuro instrumento. Aunque conceptualmente este tema sigue prestándose a discusión, la Comisión debería estar en condiciones de alcanzar un resultado viable, y los comentarios de los gobiernos sobre los diferentes elementos mencionados en el párrafo 174 del informe ayudarían a la Comisión en su labor. Dado que la responsabilidad principal recaerá probablemente en el explotador, sería especialmente útil recibir comentarios sobre los diversos requisitos sustantivos y de procedimiento que el Estado debería exigir al explotador, la base de un sistema de responsabilidad, como la responsabilidad causal la responsabilidad por culpa o negligencia, o ambos, o ninguno de los dos; los límites de la asignación de la pérdida al explotador y las fuentes complementarias de financiación, incluida la naturaleza y el alcance de la financiación estatal. Se agradecería también recibir observaciones sobre la medida en que el daño al medio ambiente debe incluirse en el tema, así como sobre la

forma definitiva que deben adoptar los trabajos a este respecto.

32. **El Sr. Popkov** (Belarús), refiriéndose a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, dice que el riesgo de un perjuicio transfronterizo derivado de la utilización de fuentes muy peligrosas hace necesario el examen de este tema por la Comisión. Belarús, que sufrió las consecuencias del desastre de Chernobyl, conoce bien los problemas con que tropiezan los Estados afectados por los daños transfronterizos a la hora de subsanar sus consecuencias y reconstituir el medio ambiente. Sin medidas correctivas ni recursos financieros suficientes, los Estados en esa situación no pueden hacer frente por sí solos a tan problemas complejos. Por consiguiente, es preciso elaborar una convención amplia que regule la prevención de los perjuicios y las medidas correctivas que han de aplicarse, especialmente para la eliminación del daño y la indemnización de los afectados. Al igual que en diversos acuerdos internacionales relativos a la responsabilidad por los perjuicios causados por determinados tipos de actividades lícitas peligrosas, en la convención que se está elaborando hay que prever la responsabilidad del explotador independientemente de la culpa. Dado que la utilización de una tecnología susceptible de causar un daño transfronterizo puede tener consecuencias graves para el funcionamiento de los sistemas económicos y de otro tipo de la sociedad, y afectar a intereses importantes de los particulares, hay que determinar los límites de la atribución del perjuicio al explotador. La parte del daño que no cubra el explotador debe cubrirla el Estado al que pertenezca dicho explotador. Asimismo, deberían constituirse fondos de indemnización especiales con aportaciones de los Estados interesados. La futura convención debe garantizar al máximo la indemnización por los daños causados a las personas y el medio ambiente.

33. En los proyectos de artículos no deberían incluirse normas que prevean la protección diplomática de los miembros de la tripulación de buques, aeronaves o naves espaciales que no sean nacionales del Estado del pabellón o del Estado de inscripción. La cuestión de la protección de las tripulaciones por los Estados podría resolverse en el marco de tratados internacionales especiales, como prevé por ejemplo el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

34. Respecto de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la indemnización por los daños, no es necesario examinar en el proyecto de artículos el problema de las organizaciones internacionales que den protección a su personal, puesto que en ese caso se trata de una responsabilidad funcional que atañe a los derechos e intereses concretos de dichas organizaciones. Sin embargo, no se debe excluir la posibilidad de aplicar por analogía las normas sobre protección diplomática a este caso.

35. Debería incluirse un artículo especial relativo a la protección diplomática de las sociedades, *mutatis mutandis* con respecto a otras personas jurídicas. Ese artículo debería destacar, además, que la protección diplomática sólo se puede ofrecer a las otras personas jurídicas con fines de defensa de sus derechos de propiedad y comerciales frente a terceros Estados. Existen motivos fundados para descartar la posibilidad de aplicar los artículos sobre protección diplomática a las organizaciones no gubernamentales que, en la mayoría de los casos, no mantienen vínculos suficientes con el Estado de inscripción en el ejercicio de sus funciones internacionales y, por consiguiente, no pueden solicitar protección.

36. **El Sr. McDorman** (Canadá), en relación con la protección diplomática de la tripulación y los pasajeros de un buque que no son nacionales del Estado del pabellón, señala que se trata de un tema complejo del derecho internacional y que su país está estudiando la cuestión. El informe final del Relator Especial tratará también de la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental, en el contexto de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación con el asunto *Reparación por daños*. Respecto de la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas, el Relator ha propuesto que se adopte la regla establecida para el asunto de la *Barcelona Traction* y, en ese sentido, hay que determinar si se trata de una declaración adecuada del derecho internacional consuetudinario o si el derecho internacional ha evolucionado desde que se adoptó esa decisión. El Canadá se ha basado en esa regla en ocasiones anteriores por considerar que refleja adecuadamente el estado actual del derecho internacional consuetudinario.

37. Habría que dilucidar si el desarrollo y la importancia de los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones han apartado el derecho internacional consuetudinario de la regla de la *Barcelona Traction* hasta

el punto de que el Estado del accionista tiene un derecho de accionar independiente. Como ha señalado el Relator Especial, en el asunto de la *Barcelona Traction* los tratados sobre inversiones fueron considerados *lex specialis*, y, al no formar parte del derecho internacional consuetudinario, deben seguir considerándose así. Podría alegarse que el hecho de que los tribunales sigan considerando que la regla de la *Barcelona Traction* constituye una fiel interpretación del derecho internacional consuetudinario explica la voluntad de los Estados de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales sobre inversiones. Por consiguiente, el Canadá coincide con el planteamiento seguido por el Relator en la elaboración de los artículos relativos a la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas.

38. **El Sr. Winkler** (Austria), en relación con el proyecto de artículo 9 titulado “Tipo de reclamaciones”, pregunta si debe mantenerse la referencia concreta a una “petición de sentencia declarativa”. El único criterio decisivo en ese contexto es que exista un perjuicio directo al Estado, y la introducción de un nuevo criterio daría lugar a confusiones. El texto parece dar a entender que una “petición de sentencia declarativa” debe distinguirse de otro tipo de “reclamación internacional”. Por consiguiente, la delegación de Austria propone que se suprima ese criterio en el texto del proyecto de artículo 9, y que figure únicamente en el comentario.

39. En relación con el proyecto de artículo 10, la delegación de Austria desea hacer dos observaciones. En primer lugar, y por motivos de uniformidad, en el apartado a) debería figurar una referencia a la *disponibilidad* de los recursos internos, similar a la que aparece en el apartado b) del artículo 44 de los Artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la CDI. En segundo lugar, en el apartado c) del proyecto de artículo 10 debería incluirse la condición de que exista un “vínculo pertinente” entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable. Los ejemplos citados por el Relator Especial en su comentario son significativos, pero incluso fuera del ámbito de los daños transfronterizos al medio ambiente existen numerosas situaciones en las que los actos de un Estado tienen efectos extraterritoriales y causan perjuicios a personas que están en otros países. El enunciado actual del apartado c) y del comentario deja en el aire varias cuestiones, y la CDI debería redactar una definición más exacta de la expresión “vínculo pertinente”.

40. En los proyectos de artículo relativos a la protección diplomática de las sociedades y los accionistas,

existe una incongruencia entre el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, en el que se suprime la referencia a la constitución como criterio para definir la nacionalidad de las sociedades, y los proyectos de artículo 18 a) y 20 en los que dicha referencia se mantiene.

41. En cuanto a si se deberían examinar otros temas además de la nacionalidad de los buques y las tripulaciones y la protección diplomática de los funcionarios de organizaciones internacionales, Austria considera que la CDI debería limitarse a los temas de los que se ocupa actualmente.

42. En lo referente a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y más en concreto a los requisitos de fondo y de forma que el Estado debería exigir a los explotadores, su delegación considera que en el caso de los daños derivados de actividades peligrosas no debería exigirse una prueba estricta de la relación de causalidad, pues ese tipo de actividades entrañan elementos científicos y tecnológicos complejos. Además, el criterio de la prueba estricta de la relación de causalidad impone una pesada carga a las víctimas, lo que podría limitar los efectos del régimen de responsabilidad y cuestionar incluso la utilidad de un régimen específico de responsabilidad para las actividades peligrosas.

43. En lo que atañe al fundamento y los límites de la asignación de la pérdida al explotador, la “asignación de la pérdida” es un concepto nuevo que aún no figura en otros instrumentos relativos a la responsabilidad. Aunque dicha expresión permite superar ciertas dificultades conceptuales, debe seguir perfeccionándose y sus efectos han de cotejarse con los conceptos tradicionales de los regímenes de responsabilidad, que se basan en el término “daño”. Por lo demás, el objetivo de los regímenes de responsabilidad no es realmente la asignación de la pérdida sino la asignación de la obligación de indemnizar los daños derivados de actos no prohibidos por el derecho internacional.

44. En lo concerniente a la medida en que el daño al medio ambiente debe o puede incluirse en el tema, Austria estima que la definición del “daño” que da lugar a indemnización debe entenderse en su sentido tradicional de daño a personas o bienes, y que la propuesta del Relator Especial constituye un buen punto de partida al respecto. En relación con el umbral de responsabilidad, debería utilizarse el mismo umbral de

“daño sensible” empleado en el proyecto de artículos sobre la prevención.

45. Por último, la cuestión de la forma final de la labor de la CDI sobre este tema es una cuestión prematura cuya solución dependerá de la evolución de los regímenes de responsabilidad específica en el futuro. No obstante, Austria señala que la labor de la CDI podría presentarse también en forma de una lista de las cuestiones que deberían tenerse en cuenta en futuras negociaciones sobre regímenes de responsabilidad respecto de actividades específicas.

46. **El Sr. Bennouna** (Marruecos) dice que la protección diplomática es un tema sobre el que existe una abundante práctica internacional, a la que se añade una *opinio juris* cristalizada a lo largo de los siglos, así como una jurisprudencia muy rica. Ha llegado pues el momento de codificarlo para que posea la certidumbre y la precisión del derecho escrito y se adapte a la evolución experimentada por las relaciones entre los Estados, especialmente en materia económica y mercantil. En cuanto al debate sobre el párrafo 2 del artículo 17, relativo a la definición del estado nacional de la persona jurídica y la consiguiente posibilidad de protegerla internacionalmente cuando sea víctima de un daño causado por otro Estado, Marruecos entiende que el criterio seguido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction* debería adaptarse a la situación actual de las relaciones económicas internacionales. Limitarse al criterio formal del derecho del país donde se haya constituido la sociedad es insuficiente, por lo que Marruecos considera importante que exista un vínculo real de la sociedad con el país conforme a cuyo derecho se constituyó, vínculo que no tiene por qué estar necesariamente relacionado con la mayoría volátil de sus accionistas.

47. Por lo que se refiere a las excepciones a la aplicación del derecho del Estado nacional de la sociedad que permitirían ejercer la protección diplomática al Estado de nacionalidad de los accionistas, Marruecos apoya lo dispuesto en el artículo 18, que se basa en la jurisprudencia sentada en el asunto de la *Barcelona Traction* y pretende evitar que los accionistas queden desprotegidos cuando la sociedad haya dejado de existir o tenga la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado. En cuanto a la primera excepción, habría que especificar qué debe entenderse por desaparición de la persona jurídica y establecer un plazo para ejercer la protección diplomática en favor de los accionistas. Por su parte, la segunda excepción entraría en juego cuando

los accionistas de una sociedad hubieran sido directamente lesionados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Marruecos habría preferido que, en lugar de distinguir entre perjuicio directo e indirecto, el Relator Especial hubiera tomado como referencia la distinción entre derechos e intereses de los accionistas. En efecto, en la citada sentencia la Corte Internacional de Justicia definió los derechos como “intereses jurídicamente protegidos” y señaló como ejemplo de derechos de los accionistas la participación en los órganos sociales y el derecho a los dividendos. En cualquier caso, es perfectamente factible reagrupar las dos excepciones mencionadas en un solo artículo.

48. El requisito de la continuidad de la nacionalidad hasta el momento de la presentación de la reclamación, previsto en el artículo 20, es una regla surgida en relación con las personas físicas que, por razones de lógica jurídica, debe hacerse extensiva a las personas jurídicas. En cambio, el proyecto de artículo 21, relativo a la *lex specialis*, carece de utilidad. En efecto, dado que el derecho de protección diplomática no tiene carácter imperativo, son los regímenes especiales sobre inversiones o derechos humanos los que han de indicar la preeminencia que debe otorgarse a los recursos que contemplan en favor de los particulares o de los Estados. Dicho esto, es perfectamente posible incluir en el proyecto de artículos una cláusula de salvaguardia sobre los regímenes especiales de protección. En lo que atañe al artículo 21, relativo a la protección de las personas jurídicas distintas de las sociedades Marruecos considera que, si bien las disposiciones sobre las sociedades deberían aplicarse *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas, es preciso analizar más en profundidad la estructura y las modalidades de funcionamiento de las organizaciones no gubernamentales antes de abrir paso a su protección diplomática por un Estado nacional. Es preciso analizar más detenidamente la cuestión antes de establecer una norma tan vaga y de aplicación tan general como la prevista en el artículo 21 del proyecto. Por lo demás, tampoco es seguro que esas organizaciones aceptaran de buen grado la eventual protección de su Estado “nacional”, ya que muchas de ellas basan su credibilidad en su total independencia de los Estados.

49. **El Sr. Fife** (Noruega), hablando en nombre de los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia y Noruega), recuerda que se ha sugerido que el examen de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el

derecho internacional, tema difícilmente distinguible de la responsabilidad del Estado *de lege lata*, no es más que un intento de crear normas artificiales complementarias a la teoría clásica de la responsabilidad, que permitan establecer subsidiariamente la responsabilidad de un Estado cuando de hecho no se ha determinado la existencia de ningún acto internacionalmente ilícito. El orador opina que esta crítica carece de fundamento.

50. El estudio de este tema tiene por finalidad identificar las obligaciones de los Estados, incluida la de actuar con la diligencia debida para que no se produzcan daños transfronterizos derivados de actividades peligrosas, o adoptar medidas activas de prevención frente a esos daños. Es lógico que el incumplimiento de esas obligaciones acarree consecuencias en materia de responsabilidad. El principio preventivo de la buena vecindad y la cooperación, y la obligación consuetudinaria de adoptar un enfoque precautorio, se han incorporado a varios instrumentos internacionales y constituyen un corolario del objetivo del desarrollo sostenible. El orador resume la referida obligación del siguiente modo: “si existe un peligro de daño grave o irreversible, la falta de una certidumbre científica absoluta no debe servir de pretexto para retrasar o posponer medidas que tengan por objeto prevenir el daño”. De este principio se infiere la obligación de realizar estudios adecuados para satisfacer lo que, en determinadas situaciones, equivale a una inversión de la carga de la prueba. Los principios generales del derecho comunes a distintos ordenamientos jurídicos y las incipientes obligaciones consuetudinarias relacionadas con el principio de “quien contamina paga”, en particular las enunciadas en el principio 16 de la Declaración de Río, pueden servir de orientación en lo relativo a las obligaciones primarias del Estado. Por lo demás, el principio 2 de la referida Declaración reitera el convencimiento común de que los Estados están obligados a hacer de modo que las actividades que se realicen en su territorio o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

51. Los países nórdicos entienden que el objetivo de la CDI no es sólo impedir las consecuencias perjudiciales de determinadas actividades sino redactar un instrumento que proteja a las víctimas inocentes cuando el daño se produzca. Ciertas actividades conllevan ese tipo de riesgos y la experiencia demuestra que su gestión no debe dejarse únicamente al arbitrio de los mecanismos nacionales de responsabilidad civil. Quie-

nes afirmen lo contrario, o apoyan la actual situación que deja desprotegidos a terceros inocentes o renuncian de antemano a intentar esclarecer las normas internacionales en este ámbito. Los países nórdicos comprenden que algunos Estados sean reacios a aceptar un sistema de asignación de riesgos y pérdidas a los Estados, en lugar de seguir recurriendo a las normas de diligencia debida como único fundamento de la responsabilidad. Sin embargo, para lograr una prevención eficaz y proteger a las víctimas inocentes el diálogo es indispensable.

52. El orador comparte la opinión de que habría que reconocer a los Estados la flexibilidad necesaria para que elaboren regímenes de responsabilidad adecuados a sus necesidades particulares. Tales esquemas también deberían tener plenamente en cuenta las necesidades específicas de otros Estados y de las víctimas inocentes de las actividades peligrosas. Hacer recaer la responsabilidad en la persona que ejerza en mayor medida la dirección y el control de la actividad peligrosa está en consonancia con el principio de “quien contamina paga”. Las pérdidas de mayor entidad deben ser asumidas por el explotador o compartidas entre éste y otros actores; no obstante, es evidente que un régimen basado exclusivamente en la responsabilidad de los explotadores u otros actores puede no ser suficiente para proteger a las víctimas de las pérdidas más onerosas, por lo que también debería incluir la responsabilidad absoluta del Estado cuando el explotador sea incapaz de cubrir esa pérdida o no esté dispuesto a hacerlo. Los países nórdicos están de acuerdo en que la responsabilidad debería generarse en cuanto fuera posible razonablemente establecer un nexo entre el daño y la actividad en cuestión y, a este respecto, no estiman necesaria la prueba estricta de una relación de causalidad entre el daño y la actividad. Los daños causados al medio ambiente en sí deberían ser indemnizables aunque no se hubiera identificado ninguna pérdida directa y también deberían tenerse en cuenta las pérdidas no económicas. Ello contribuiría a una mejor protección ambiental porque los responsables tendrían más incentivos para tomar las medidas preventivas y precautorias adecuadas. En cuanto a la forma final de la labor sobre este tema, los países nórdicos entienden que sería preferible una convención, al menos para la parte de la responsabilidad.

53. Respecto de los mecanismos de financiación de las pérdidas y la indemnización, se ha propuesto que estas partidas se financien con cargo a aportaciones de los beneficiarios de la actividad en cuestión y a fondos

públicos asignados expresamente para ese fin. Tales mecanismos pueden contribuir a proteger a la víctima y aliviar la carga del explotador o Estado responsable. Empero, la cuestión esencial es que las pérdidas derivadas de determinadas actividades peligrosas no deben asignarse simplemente a víctimas inocentes en el extranjero, lo que significa que el Estado responsable debería soportar la carga si los fondos disponibles no fueran suficientes. Si se establece la responsabilidad estricta del Estado responsable como principio general, lo más indicado sería que fueran los propios Estados quienes elaborasen las fórmulas de asignación de la pérdida y los mecanismos de financiación.

54. **El Sr. Lammers** (Países Bajos) dice que la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction* debe servir de base para los artículos relativos a la protección diplomática de las personas jurídicas, aunque su delegación estima que las normas que se propugnaron en ese caso no son totalmente satisfactorias; no obstante su país ha tratado de remediar esas imperfecciones mediante tratados de inversión bilaterales y multilaterales.

55. En relación con el artículo 17, apoya la posición del Grupo de Trabajo de no seguir la doctrina del “vínculo efectivo”, ya que levantar el “velo societario” crearía dificultades para los tribunales y los Estados receptores de inversiones y no debe adoptarse una fórmula que dé a entender que el Tribunal que conozca del asunto ha de tener en cuenta la nacionalidad de los accionistas que controlan la sociedad.

56. Los Países Bajos ven con agrado el derecho subsidiario del Estado de la nacionalidad de los accionistas, expresado en el párrafo a) del proyecto de artículo 18. Están de acuerdo en que el Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad debe estar facultado para ejercer la protección diplomática de esos accionistas si la sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio que se le ha causado. Esta excepción a la norma debe ser considerada favorablemente en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

57. Los Países Bajos apoyan la propuesta del Relator Especial de suprimir el proyecto de artículo 21 y dejar la cuestión de la *lex specialis* en el comentario. En efecto, no es necesario seguir ciegamente el proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos ilícitos internacionales. Una posibilidad sería redactar de nuevo la parte final del proyecto de artículo, por

ejemplo con la siguiente fórmula: “sin perjuicio de las normas especiales de derecho internacional”.

58. En relación con el proyecto de artículo 22, aunque es factible reconocer el problema de la protección de las personas jurídicas que no sean sociedades, preferiría que la cuestión fuera objeto de un examen más detenido, dada la falta de práctica de los Estados al respecto.

59. En otro orden de cosas, hay que determinar si la protección concedida a los miembros de la tripulación que tienen la nacionalidad de un tercer Estado es una forma de protección ya prevista en la Convención sobre el Derecho del Mar, o si es necesario reconocer el derecho a la protección diplomática del Estado de nacionalidad del buque. Por una parte, con arreglo a esa Convención el Estado del pabellón es competente para iniciar acciones con miras a la pronta liberación de la embarcación y todos sus tripulantes, independientemente de su nacionalidad. Por la otra, la protección limitada que pueda ejercer el Estado del pabellón no afecta al derecho de los Estados de nacionalidad de los tripulantes que no tengan la nacionalidad del Estado del Pabellón, de ejercer la protección diplomática en su nombre. Por ese motivo, los Países Bajos estiman que el régimen en vigor prevé suficientemente la protección de los tripulantes y no considera necesario incluir esta cuestión en el proyecto de artículo.

60. En cuanto a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, su delegación estima que esa responsabilidad se da igualmente aunque un Estado haya cumplido sus obligaciones internacionales en relación con una actividad realizada fuera de su jurisdicción o control, y coincide con el Relator Especial en que el Estado tiene la obligación de concluir acuerdos internacionales o adoptar una legislación para garantizar la asignación equitativa de la pérdida dentro de su ordenamiento jurídico interno. El modelo de asignación de la pérdida que ha de desarrollar la CDI debe ser de carácter general y residual y consistir en un conjunto de normas de procedimiento y normas sustantivas mínimas. Las primeras deberían regular la capacidad legal para interponer acciones, la competencia de los tribunales nacionales, la designación del derecho nacional aplicable y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias. Las normas sustantivas mínimas deberían incluir el concepto de daño, la conexión casual entre el daño y la actividad que lo ha producido, las normas de responsabilidad (liability) (responsabilidad por culpa o

negligencia, responsabilidad causal, responsabilidad absoluta), la identificación de las personas responsables, que incluye la posibilidad de múltiples grados de responsabilidad, los límites de la responsabilidad (límites temporales, límites financieros) y el ámbito de la responsabilidad.

61. **El Sr. Fyfe** (Nueva Zelanda) considera importante que se aborden los aspectos de la prevención y de la responsabilidad, (liability) pues ambos son complementarios. La labor de la Comisión se ha centrado en el deber de un Estado de adoptar medidas preventivas cuando las actividades peligrosas ejecutadas en su territorio, o en zonas fuera de su territorio pero sometidas a su jurisdicción, puedan tener consecuencias adversas para otro Estado. Sin embargo, es de reconocer que, pese a esas medidas preventivas, pueden ocurrir accidentes que den lugar a daños transfronterizos y a pérdidas económicas. Es necesario pues que la CDI supla esta carencia elaborando un conjunto de artículos correlativos a los referentes al tema de la prevención, y que prevean el modo de garantizar una indemnización y la asignación adecuada de la pérdida en situaciones en que no haya hecho ilícito. Este conjunto de disposiciones debería tener carácter residual y general, y permitiría configurar regímenes más detallados para formas especiales de actividades sumamente peligrosas.

62. Estas disposiciones deberían contener algunos principios generales que indiquen que, en la medida de lo posible, se debe ayudar a las víctimas del daño transfronterizo causado por una actividad peligrosa a asumir sus pérdidas; algunas disposiciones que impongan al explotador, como principal beneficiario de la actividad, y creador de los riesgos y entidad en mejores condiciones para controlarlos, la responsabilidad primera y primordial de reparar el daño causado; una indicación que aclare que la responsabilidad causal del explotador deberá estar respaldada por un seguro, con responsabilidad residual de los gobiernos pertinentes, y por último, disposiciones adecuadas para la solución de controversias.

63. Respecto de la cuestión del daño al medio ambiente, se debe reflexionar sobre el perjuicio causado a los bienes comunes. La reparación por este tipo de daño no debe limitarse al costo de las medidas para restituir al medio ambiente su condición original, algo que en muchos casos no es posible y que es difícil de cuantificar, sino que podría preverse también una posible indemnización por la pérdida de valores intrínsecos.

64. En lo tocante a la indemnización por las pérdidas económicas sufridas por una persona en su capacidad de obtener ingresos, a causa de un accidente, el orador afirma que el concepto de pérdida económica también debería extenderse a las pérdidas que son resultado directo del riesgo percibido de que un accidente acarree consecuencias físicas.

65. Por último, el instrumento podría tomar la forma de un proyecto de articulado que abarque las acciones que se esperan de los Estados y los actores privados, desde la prevención hasta la responsabilidad, pasando por la respuesta. Ello permitiría crear un ordenamiento jurídico general que estipule las obligaciones de los Estados en relación con las actividades peligrosas que, sin ser ilícitas, pueden causar daño y pérdidas económicas.

66. **El Sr. Gandhi** (India), refiriéndose al tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, dice que las definiciones de las Convenciones de Viena de 1975, 1978 y 1986 eran específicas de estos instrumentos, por lo que es necesario establecer una definición que se ajuste con más precisión al tema. Toda definición de organización internacional comprende a las organizaciones intergubernamentales, aunque hay entidades distintas de los Estados que podrían en algunos casos llegar a ser miembros de organizaciones internacionales. En ese contexto, es atinada la sugerencia del Relator de excluir a las organizaciones no gubernamentales, por cuanto no desempeñan función gubernamental alguna. Más que la existencia de un instrumento constitutivo, es la función de una organización internacional lo que debe servir de fundamento para su identificación como tal. El Relator señaló acertadamente que es más importante que la organización ejerza funciones como persona jurídica por derecho propio y bajo su propia responsabilidad, en forma independiente y por separado de sus miembros, para que se puedan atribuir a esa organización las obligaciones y la ilegitimidad de cualquier comportamiento impugnado.

67. Es acertada la recomendación del Relator Especial de que el estudio trate solamente de la responsabilidad en virtud del derecho internacional y no de los asuntos relativos a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, en la medida en que éstas plantean cuestiones acerca de la responsabilidad civil. Por otra parte, la India considera aceptables los textos de los artículos 1, 2 y 3 aprobados por el Comité de Redacción.

68. Con respecto a la cuestión de los regímenes de responsabilidad, el alcance del tema y el mecanismo de activación deberían ser los mismos que los de la prevención, puesto que la prevención y la responsabilidad por asignación de pérdida están vinculados y son derivaciones del tema más amplio de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Para afrontar este tipo de responsabilidad, los Estados generalmente prefieren regímenes de responsabilidad civil de carácter sectorial; sin embargo, no cabe duda de que conviene contar con un régimen de responsabilidad causal. Los debates en la CDI sobre un enfoque del tema de la responsabilidad que incluya el pago de indemnización subsidiaria por los Estados parecen interesantes: no obstante, cabe recordar que no todos los Estados que autorizan actividades lícitas pero peligrosas están en condiciones de pagar indemnizaciones subsidiarias.

69. Debe tenerse presente que la labor de la CDI sobre la asignación de la pérdida sufrida por víctimas inocentes entraña un delicado equilibrio entre la asignación de la pérdida a la víctima del daño transfronterizo y el derecho del Estado a pedir reparación en virtud de las reglas de la responsabilidad de los Estados. En este contexto, es muy atinada la recomendación del primer informe del Relator Especial en el sentido de que los Estados deben tener flexibilidad para establecer regímenes de responsabilidad (*liability*) que se ajusten a sus necesidades particulares. El modelo de asignación de pérdida propuesto por la Comisión debe ser de carácter general y supletorio, y no ha de interferir en los recursos disponibles a nivel interno o de conformidad con las reglas del derecho internacional privado.

70. India apoya también la recomendación del Relator Especial de que la responsabilidad principal debería recaer en el explotador. En determinados casos una responsabilidad de los Estados de carácter supletorio podría resultar de utilidad. La responsabilidad de los Estados (*liability*) es en gran parte una excepción a la responsabilidad de los Estados (*responsibility*) que aparece reflejada en muy pocos regímenes convencionales, como por ejemplo los que rigen las actividades espaciales.

71. El establecimiento de un Grupo de Trabajo para pulir algunas de las ideas del primer informe del Relator Especial es una medida acertada, y es de esperar que contribuya a una pronta conclusión de la labor sobre este importante tema.

72. **La Sra. Secaira** (Guatemala) dice que en el apartado c) del artículo 10 14) sobre el tema de la protección diplomática se debería insertar la palabra “o posible” entre “razonable” y “agotar”, para tener en cuenta lo indicado en la sección 11) del comentario relativo al caso de que al extranjero lesionado se le impida entrar en el territorio del Estado causante del daño. Tampoco resulta clara la expresión “conspiraciones delictivas”, que debería sustituirse por “actividades delictivas”. Al final de la sección 3 del comentario sobre el artículo 10 14), se recomienda reemplazar las palabras “cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de protección judicial” por “cuando el sistema judicial del Estado demandado sea virtualmente inoperante o existan irregularidades graves en los procedimientos del caso”.

73. Por lo que respecta a los artículos 17 a 22 sobre la protección de sociedades y otras entidades, la protección diplomática se ve dificultada por dos circunstancias: la existencia de sociedades transnacionales, cuyas actividades, por definición, abarcan varios países, y el hecho de que las acciones de sociedades cambian muy rápidamente de manos, con el consiguiente cambio de nacionalidades de los accionistas. Es de esperar que sea posible regular de manera satisfactoria lo relativo a las sociedades, para los fines de la protección diplomática.

74. En algunos sistemas jurídicos nacionales no existe el concepto de “incorporation”, por lo que es acertado haber eliminado este término del artículo 17 propuesto por el Grupo de Trabajo y contenido en el párrafo 92 del informe. De esa forma se asegura una concordancia mucho mejor entre la versión inglesa, y las versiones española y francesa. Guatemala propone el texto siguiente, basado en la propuesta del Grupo de Trabajo: “A los efectos de la protección diplomática, en relación con un perjuicio causado a una sociedad, el Estado de nacionalidad es el Estado conforme a cuyo ordenamiento jurídico se ha constituido la sociedad y con el cual la sociedad tiene un vínculo estrecho y permanente”. Sin embargo, este texto debe ampliarse para tener en cuenta el caso de una sociedad que tenga un vínculo más estrecho con un país distinto del país de acuerdo con cuyo ordenamiento jurídico se haya constituido. Con esta finalidad, se podría añadir la siguiente frase al artículo 17: “Si una sociedad está vinculada más estrecha y permanentemente con un Estado distinto del Estado de acuerdo con cuyo ordenamiento jurídico se ha constituido que con este último Estado, el Estado de su nacionalidad a los efectos de la protección

diplomática será el primero”. Aun así, la redacción del artículo no es completamente satisfactoria, ya que no indica los vínculos que deben tenerse en cuenta para la aplicación del párrafo 2. Inspirándose en las sugerencias del párrafo 85 del informe, Guatemala recomienda agregar un tercer párrafo, cuyo texto podría ser el siguiente: “Para los efectos del párrafo anterior se tendrán en cuenta la nacionalidad de los accionistas, el lugar donde se llevan a cabo las principales actividades económicas de la sociedad o cualquier otro elemento que refleje la existencia de una relación auténtica entre la sociedad y el Estado”.

75. En relación con la frase entre corchetes que figura en el párrafo 2 del artículo 17, si se suprimen los corchetes surgirá el problema de que cuando sean distintos el Estado de constitución de la sociedad y el Estado en cuyo territorio tiene su domicilio social, la sociedad carecerá de Estado que pueda ejercer la protección diplomática a su favor. En cambio, si se suprimen los corchetes pero se sustituye la conjunción “y” por “o” ocurriría que, en el caso en que una sociedad tenga su domicilio social en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se ha constituido, habrá dos Estados facultados para ejercer la protección diplomática de la sociedad. Lo mejor sería suprimir los corchetes y reemplazar “y” por “o”, siempre que se agregue una disposición en el sentido de que, siendo distintos el Estado en que se ha constituido la sociedad y aquel en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social, el Estado facultado para ejercer la protección diplomática a su favor será aquel de los dos con el que la sociedad tiene los vínculos más estrechos.

76. El artículo 18 sería más fácil de entender si diera comienzo del modo siguiente: “El Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad estará facultado para ...”. Existe una duda sobre la aplicación del artículo 18 en el caso de que el Estado de nacionalidad de la sociedad no sea el mismo que el de la nacionalidad de sus accionistas. Parece lógico que en tal caso no se pueda aplicar el artículo 17, pues es inconcebible que se proteja a una entidad que no existe. No obstante, quizá sería conveniente que en el comentario relativo al artículo 17 se indicara que el artículo dejará de aplicarse a una sociedad al dejar ésta de existir. La misma indicación podría figurar en el comentario relativo al artículo 18, con lo que quedaría clara la relación temporal existente entre el artículo 17 y el apartado a) del artículo 18.

77. Dado que el artículo 18 se refiere a casos en que el Estado de los accionistas puede ejercer la protección

diplomática a favor de éstos, ese artículo no debe mencionarse en el artículo 19. Por otra parte, podría tenerse en cuenta la sugerencia que figura en el párrafo 111 del informe, en el sentido de que el artículo 19 debería incorporarse al artículo 18. El artículo 20 no debe referirse a una sociedad constituida conforme a la legislación del Estado, sino a una sociedad que tiene su nacionalidad. Respecto del artículo 21, la observación de la última frase del párrafo 131 del informe parece atinada.

78. **El Sr. Shin** (República de Corea) apoya la iniciativa de Austria y Suecia para racionalizar y revitalizar el debate sobre el informe de la Comisión de Derecho Internacional, y afirma que la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el asunto de la *Barcelona Traction* constituye la base de las normas y las prácticas que rigen actualmente las inversiones extranjeras.

79. En relación con el artículo 17, el Estado de constitución está facultado para ejercer la protección diplomática cuando se ha causado perjuicio a una sociedad. Respecto del criterio para determinar la nacionalidad de la sociedad, sería preferible suprimir el texto entre corchetes que figura en el párrafo 2. Además, no es necesario imponer ninguna condición relativa a la existencia de un vínculo efectivo ni que suponga un control económico. En el asunto de la *Barcelona Traction* no se exigió que hubiese ningún vínculo efectivo, la CDI no impuso la condición de la existencia de un vínculo efectivo en el caso de las personas físicas y, a la luz del carácter discrecional del derecho a ejercer la protección diplomática, el vínculo efectivo es uno de los factores que los Estados toman en consideración al decidir si hacen suyas las demandas de la sociedad contra el Estado que ha cometido un acto lesivo.

80. El artículo 18 no presenta grandes dificultades, aunque cabe señalar que la situación prevista en el apartado a), relativa al perjuicio causado por el propio Estado de constitución, ha sido un motivo importante de preocupación para los Estados inversores y en la actualidad se aborda principalmente en los tratados bilaterales sobre inversiones. En lo referente al artículo 21, la delegación de la República de Corea apoya la decisión de la CDI de modificar su formulación y situarlo al final del proyecto de artículo como cláusula “sin perjuicio de”. La protección diplomática no debe excluirse enteramente de los tratados bilaterales sobre inversiones, a fin de que las sociedades y las personas gocen de la máxima protección.

81. En cuanto a la protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón, es importante que el proyecto de artículos no ponga en tela de juicio las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ni la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la causa *Saiga*. El Estado del pabellón debe estar facultado para ejercer la protección diplomática por los daños causados a los miembros de la tripulación, independientemente de su nacionalidad, si el daño se produce en una situación en la que el buque se considere una unidad. En cuanto a la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional intergubernamental, debe respetarse íntegramente la decisión de 1949 de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Reparación por daños*. Una organización internacional debe poder ejercer la protección funcional de las personas que actúan en su nombre respecto de los daños sufridos por esas personas en el desempeño de sus funciones. El derecho a la protección funcional debe justificarse por la necesidad de garantizar la independencia de la organización internacional. Las personas que actúan en nombre de la organización internacional no deben depender de la protección de su propio Estado nacional, puesto que de lo contrario su independencia se vería comprometida. No obstante, dado que la protección funcional no se basa en la nacionalidad de la víctima sino en su condición de agente de la organización internacional, las reclamaciones por daños sufridos que no estén relacionados con dicha condición deberán ventilarse en el Estado de donde sea nacional.

82. **El Sr. Wada** (Japón) dice que, al abordar la cuestión de la protección diplomática de inversiones extranjeras, es necesario tener en cuenta los avances logrados en los acuerdos bilaterales sobre inversiones y en las instancias internacionales y regionales en la materia. En ese sentido, la CDI ha actuado con prudencia al remitir el proyecto de artículo 21 al Comité de Redacción para que lo vuelva a redactar. El proyecto de artículo 21 propuesto por el Relator quizás no habría sido adecuado para resolver la relación entre las normas generales del derecho internacional consuetudinario relativas a la protección diplomática y el derecho especial de los tratados bilaterales o de otro tipo sobre inversiones. El proyecto de artículo privaría totalmente a una parte de la posibilidad de recurrir al derecho de protección diplomática, y esta cuestión precisa un análisis más detallado. Puede darse el caso de que dos países hayan acordado solucionar una controversia relati-

va a una inversión de conformidad con un acuerdo bilateral entre ellos, pero que el procedimiento para resolver la controversia acordado inicialmente no garantice una solución justa y eficaz del problema, por lo que una de las partes podría recurrir a otro ámbito del derecho para zanjar la cuestión. Podría pensarse que el acuerdo bilateral entre ambas partes impide que una de ellas se acoja a este otro recurso: así pues, esta cuestión debe considerarse caso por caso. En ese sentido, la cuestión de la *lex specialis* se resolvería mejor si las disposiciones pertinentes figuraran al final del proyecto de artículo, en lugar de limitar su alcance a las controversias relativas a las inversiones extranjeras y las personas jurídicas.

83. En cuanto al Estado de nacionalidad de una sociedad, el orador no considera adecuado el criterio del vínculo efectivo o auténtico. En la era de la globalización, en la que numerosas empresas multinacionales operan en multitud de países y reciben inversiones procedentes de todo el mundo, puede resultar difícil determinar con qué país existe un vínculo efectivo; si no se encuentra un vínculo efectivo con ningún país concreto cabe la posibilidad de que esas empresas se vean privadas de protección diplomática, por lo que el Japón considera correcto el actual criterio de la CDI sobre este particular.

84. Por lo que se refiere a la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades, la idea expresada por el Relator Especial en el artículo 22, que permite aplicar *mutatis mutandis* el régimen de la protección diplomática a otros tipos de personas jurídicas, parece aceptable. Dada la dificultad de abarcar las diferentes entidades jurídicas en un solo artículo, el orador dice que las disposiciones al respecto deberían poder aplicarse con cierta flexibilidad, en vez de tratar de clasificar las diversas personas jurídicas reguladas por el derecho interno de cada país.

85. En lo que atañe a la protección de los miembros de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón, en el asunto *M/V Saiga* el Tribunal Internacional del Derecho del Mar declaró que correspondía al Estado del pabellón hacer las reclamaciones en relación con el buque, la tripulación y la carga, especificando que esas reclamaciones no se basaban en el derecho de protección diplomática sino en el principio básico de la nacionalidad del pabellón. A la luz de esta sentencia, el orador considera que la pregunta del capítulo III del informe de la CDI sobre la “protección diplomática de los miembros de la tripulación de un buque por el

Estado del pabellón” puede ser engañosa y propone que se hable simplemente de la “protección de los miembros de la tripulación de un barco por el Estado del pabellón”. Al mismo tiempo, cabe señalar que en el pasado se han hecho reclamaciones concurrentes o mixtas basadas en la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y la protección diplomática. Se han dado casos relacionados con el derribo de una aeronave, por ejemplo, en los que tanto el Estado de matriculación de la aeronave como los Estados de nacionalidad de los miembros de la tripulación y de los pasajeros formularon simultáneamente reclamaciones contra el Estado autor del incidente.

86. En cuanto a la protección diplomática de los nacionales empleados por una organización internacional, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas reconoció la condición de persona jurídica de las Naciones Unidas y su derecho a ejercer una protección funcional y formular reclamaciones por los daños sufridos por sus empleados. Sin embargo, en dicha opinión consultiva no se especificaban los criterios necesarios para establecer la equivalencia entre la protección funcional ejercida por las Naciones Unidas y la protección diplomática que puede ejercer el Estado de nacionalidad de la persona lesionada. A este respecto, el orador sostiene que cuando los derechos de la persona lesionada no puedan repararse mediante la protección funcional de las Naciones Unidas, quedaría cierto margen para que el Estado de nacionalidad pudiera ejercer su derecho de protección diplomática en favor de la persona lesionada.

87. **El Sr. Troncoso** (Chile), refiriéndose a la protección diplomática de las personas jurídicas, dice que en el asunto *Barcelona Traction* la Corte Internacional de Justicia estableció como regla general que, cuando una sociedad se ve afectada por un hecho ilícito, el ejercicio de la protección diplomática corresponde al Estado de constitución de dicha sociedad y donde tiene su domicilio social. Dicho fallo, que contó con numerosas opiniones disidentes entre los magistrados, ha sido objeto de críticas, en especial porque no reconocía la necesidad de que exista un vínculo efectivo entre el Estado que ejerce la protección y la persona jurídica cuyos intereses son lesionados, cosa que se había reconocido ya en ciertos tratados que preveían la protección directa de los accionistas y que la Corte consideró ley especial en ese caso. El Relator ha dicho que corresponde a la CDI decidir si hay que atenerse o no a la sentencia de

la Corte Internacional de Justicia en el asunto mencionado, tanto más cuanto que, con ocasión del asunto ELSI, una de sus salas soslayó en cierta medida esa sentencia, reconociendo la necesidad del vínculo efectivo de la nacionalidad de los accionistas. En tales circunstancias parece posible sostener que el ejercicio de la protección diplomática podría competir, además de al Estado de constitución de la sociedad, al Estado del vínculo efectivo, provenga éste de la nacionalidad de los accionistas, del control económico o del domicilio social, ya que, si no existe ese vínculo, de poco servirá que la sociedad se haya constituido en ese país. En ese caso, los Estados rehusarían ejercer la protección y la norma no podría llevarse a efecto en la práctica.

88. En relación con las propuestas de artículo del Relator en esta materia, Chile comparte los términos del artículo 17, que sienta las bases para la protección de las personas jurídicas por parte del Estado, esto es, el derecho al ejercicio de la protección respecto de la sociedad de su nacionalidad. Asimismo, se muestra de acuerdo con la propuesta de artículo 18, que reconoce al Estado de nacionalidad de los accionistas el ejercicio de la protección diplomática cuando la sociedad haya cesado de existir en el lugar de registro o constitución o cuando tenga la nacionalidad del Estado que es responsable por el perjuicio causado a la sociedad. El informe del Relator ofrece argumentos suficientes en favor del ejercicio de ese derecho por el Estado de la nacionalidad de los accionistas.

89. En lo que se refiere a la norma propuesta como artículo 21, que trata de la *lex specialis*, Chile estima adecuada, por razones de seguridad jurídica, la incorporación de una disposición que clarifique la relación de estos artículos con las normas contenidas en los tratados internacionales relativas al arreglo de controversias entre inversionistas (sociedades) y Estados. Asimismo, esa disposición debería figurar en el capítulo específico de las personas jurídicas y no en la normativa general sobre la protección diplomática, porque este aspecto de las controversias relativas a las personas jurídicas ha sido objeto de un tratamiento específico. Finalmente, en lo que atañe a la norma propuesta en el artículo 22 para la protección de las personas jurídicas distintas de las sociedades, Chile comparte los planteamientos del Relator en el sentido de que esas otras personas jurídicas también pueden necesitar protección diplomática. De hecho, considerando que la gran mayoría de los acuerdos suscritos por los Estados en materia de inversiones prevén un sistema

especial de arreglo de controversias, podría ocurrir que en el futuro el principal ámbito de protección diplomática correspondiera a esas otras personas jurídicas. El derecho chileno reconoce numerosas personas jurídicas no societarias, específicamente las que no persiguen fines de lucro, que pueden requerir esa protección, por lo que Chile comparte la extensión de la norma. No obstante, la Comisión debe estudiar con mayor detenimiento la posibilidad de que ciertas personas, como las organizaciones no gubernamentales, que muchas veces tienen una conformación internacional en la que no existe mayor vinculación con el Estado en que se constituyen o establecen domicilio, puedan acogerse a ese derecho.

90. En lo que respecta a la protección diplomática de la tripulación de un buque, Chile sigue pensando que la CDI debería abordar el tema analizando las diferencias que existirían entre lo dispuesto en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el ejercicio de la protección diplomática que la Comisión pretende regular, y las particularidades que tal protección podría presentar en lo que concierne a la tripulación del buque.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.